الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبيـة

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

UNIVERSITE Abdelhamid Ibn Badis MOSTAGANEM

Faculté de Droit et des Sciences Politiques FDSP

UNIVERSITE Abdelhamid Ibn Badis MOSTAGANEM

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق
تخصص قانون مدني معمق

تحت عنوان:

قسمة المـال المشــــاع
دراسة مقارنـة

مقدمة من طرف الطالب:
- فـلاح سفيـان

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:
فرقاق معمر

أمام لجنة المناقشة:

أ. عباسة طاهر	أستاذ محاضر أ	جامعة مستغانم	رئيسا
أ. فرقاق معمر	أستاذ محاضر أ	جامعة مستغانم	مشرفا ومقررا
أ. حيدرة محمد	أستاذ محاضر أ	جامعة مستغانم	مناقشا
أ. حميش يمينة	أستاذة محاضرة أ	جامعة مستغانم	مناقشا
أ. رباحي أحمد	أستاذ	جامعة الشلف	مناقشا
أ. طيطوس فتحي	أستاذ	جامعة سعيدة	مناقشا

السنة الجامعية: 2018- 2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:"وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴿٨﴾." **الآية8 سورة النساء.**

وقال تعالى:" وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ۖ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴿٢٨﴾." **الآية 28 سورة القمر**

وقال تعالى:" ۞ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ إِن كُنتُمْ ءَامَنتُم بِٱللَّهِ وَمَآ أَنزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ ٱلْفُرْقَانِ يَوْمَ ٱلْتَقَى ٱلْجَمْعَانِ ۗ وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرٌ ﴿٤١﴾ **الآية 41 سورة الأنفال.**

صدق الله العظيم

﴿إهداء﴾

روى ابن ماجه والنسائي أن رجلاً قال: يا رسول الله أردت أن أغزو، فقال له: "هل لك من أم؟" قال نعم: قال: "فالزمها فإن الجنة تحت رجلها"

- إلى والدتي العزيزة التي لازمتني وشجعتني للتقدم في مشواري الدراسي حفظها الرحمن وأمد في عمرها.
- إلى والدي الذي لم يبخل علي بالتوجيهات أطال الله عمره وأدام عليه الصحة والعافية.

قال الله تعالى:" وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا ﴿٢٤﴾ الآية 24 سورة الاسراء

- إلى إخوتي الأعزاء وأفراد عائلتي الكريمة وأصدقائي دون استثناء.

***** داعيا الله لهم بالتوفيق والسعادة في الدنيا والآخرة *****

- إلى أساتذتي الكرام بكلية الحقوق جامعة عبد الحميد ابن باديس، وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور فرقاق معمر الذي سعى بكل ما أوتي من ملكات وجهد ليخرج هذا العمل إلى حيز الوجود.

***** أسأل الله لهم السداد في الرأي والتوفيق في العمل والسعادة في الدارين *****

إلى هؤلاء أهدي هذا الجهد المتواضع

﴿شكــر وتقديــر﴾

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير إلى كل من آزرني من قريب أو من بعيد لإنجاز هذا العمل المتواضع سواء بيده أو بلسانه أو بأضعف الإيمان، حتى تمكنت من إنجاز هذا البحث، على هذه الصورة التي لا أدعي لها الكمال ولكنني راض عنها كل الرضى.

وأخص بالذكر المشرف الأستاذ الدكتور فرقاق معمر الذي بذل كل ما في وسعه لإنجاح هذا العمل حتى أصبح واقعا ملموسا ولم يبخل علي بنصائحه البناءة المثمرة وإرشاداته القيمة وكان التواضع خلقه، فله مني جزيل الشكر والعرفان، والله أسأل أن يسبغ عليه من فيض نعماه، ويسدد على الصراط المستقيم خطاه، وأن يتقبل دعاء طالب أحب أستاذه.

كما أتقدم بأوفر الشكر والتقدير إلى المسؤول عن المكتبة القانونية لكلية الجامعة لما وفره لي من كتب قانونية، ولما بذله معي من جهد في تذليل المصاعب وتخطي العقبات كي يخرج هذا العمل إلى حيز الوجود.

ما عساي إلا أن أنتفع بما قاله العماد الأصفهاني :

"لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو ترك هذا لكان أفضل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

﴿قائمة المختصرات﴾

الاختصارات باللغة العربية:

ج.ر	الجريدة الرسمية الجزائرية
د.ج	دينار جزائري
ص.	صفحة
ع.	عدد
ف.	فقرة
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ق.ع.ج	قانون العقوبات الجزائري
ق.إ.م.إ	قانون الاجراءات المدنية والادارية
ق.م.م	القانون المدني المصري
ق.م.ع	القانون المدني العراقي
ق.م.س	القانون المدني السوري
ق.م.أ	القانون المدني الأردني
ق.م.ع.ل	قانون الموجبات والعقود اللبناني.

الاختصارات باللغة الفرنسية:

Al	alinéa
Art	article
c.civ.fr	code civil français
c.p.c.fr	code de procédure civile français
op.cit.	option citée
Parg	Paragraphe

مقدمة

إن المال هو عصب الحياة الاقتصادية منذ القدم، ويعتبر محط اهتمام المجتمعات فهو مؤشر التقدم والتطور، وهو وسيلة التعامل بين الناس وضرورة لقياس الذمة المالية للأشخاص، وقد اعتنت معضم الشرائع بالمال باعتباره محلا للملك.

والمال إما أن يكون مملوك لشخص واحد، وتسمى ملكية خاصة، وإما أن يكون المال مملوك لعدة أشخاص بالاشتراك، وتسمى بالملكية المشتركة، وإما أن يكون المال مملوك على الشيوع، ويعد هذا النوع الأخير من الأموال الأكثر تعقيدا، فالمالك للمال المشاع يملك حصة في المال المشاع لا جزء محدد بالذات وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية الفردية الخاصة، كما أن الشركاء في الشيوع لا يملكون مجتمعين المال كما هو الحال بالنسبة للملكية المشتركة، بل يملك كل شريك حصة في المال المشاع وينصب حقه على هذه الحصة دون غيرها.

فالشيوع الحالة القانونية التي تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني الأصلي، فإذا اشترى شخصان عقار ولم يحددا الجزء الخاص بكل منهما، فهما شريكان على الشيوع، أو أن شخصا أوصى بحق الانتفاع لعدة أشخاص، فيكون بذلك الموصى به مشاعا بينهم[1].

وحالة الشيوع حالة غير مرغوب فيها فبالرغم من أن الشريك لا يملك كل المال المشاع إلا أنه يملك سهما جاريا في كل المال المشاع، وعلى اعتبار أنه مالك يخول له القانون السلطات الثلاث في الملكية[2]، والتقاء حقوق كل الشركاء على ذات المال من شأنه أن يحدث العديد من المشاكل، فالشريك يملك سهما مجردا في كل المال المشاع، شأنه في ذلك شأن سائر الشركاء[3].

---

[1] – Marc Bruschi, droit des biens,ellipses edition2004, p71.

[2] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المادة 674" الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، شرط أن لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة." ج.ر مؤرخة في 30ديسمبر 1975، ع.78ص990.

[3] – louis bach .droit civil. Édition Dalloz.1999.p418.

مقدمة

ويختلف الشيوع عن الشركة، في كون الشيوع ليس شخص معنوي ولا يتمتع بالذمة المالية المستقلة، فهو حالة جمعت شركاء بحصص في مال معين، والشيوع ينشأ في معظم الحالات عن الوفاة، بينما في الشركة لابد من توافر نية الاشتراك، كما أن الشيوع حالة غير منظمة فلا توجد فيها هيئات إدارية وأجهزة.

والشيوع قد يكون عاديا أو إجباريا، فالشيوع العادي هو الشيوع الذي يمكن أن ينقضي بالقسمة، كملكية الورثة لما كان يملكه مورثهم، فهي ملكية شائعة تنقضي بالقسمة أو بأسباب أخرى، أما الشيوع الإجباري فهو الشيوع الذي لا ينقضي بالقسمة كملكية الحائط المشترك، وكملكية الأجزاء المشتركة في تمليك الشقق.

ومصادر الملكية الشائعة هي نفسها أسباب كسب الملكية، وفي مقدمة هذه الأسباب بالنسبة للملكية الشائعة هو حالة الميراث، وقد يكون مصدر الشيوع الوصية كما إذا أوصى شخص لآخرين مالا على الشيوع، وقد يكون مصدر الشيوع العقد كما لو اشترى شخصان دارا في الشيوع، وقد يكون في بعض الأحيان مرور الزمن مصدر للشيوع كالحيازة كأن يحوز شخصان أو أكثر أرضا بوضع اليد عليها و دون أن تشوب الحيازة لبس أو غموض.

ولقد تناول القانون المدني الجزائري موضوع المال الشائع من خلال القسم الرابع الذي عنوانه الملكية الشائعة من الباب الأول تحت عنوان حق الملكية ضمن الكتاب الثالث المعنون بالحقوق العينية الأصلية، وأخضعه لأحكام المواد **من 713** إلى **742** من القانون المدني الجزائري، إضافة إلى مواد أخرى متفرقة كنص المادة 890 من ق.م.ج المتعلقة برهن العقار المملوك على الشيوع وذلك لضرورة يمليها الترتيب والتبويب الذي اعتمده المشرع الجزائري في هذا الخصوص، وكذا نصوص المواد 786 و 787من قانون الإجراءات المدنية والادارية.

وعرف المشرع الجزائري في **المادة 713** من القانون المدني الجزائري، المال الشائع بنصه: "إذا ملك **اثنان** أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك."

نشير أولا إلى خطأ في ترجمة النص الفرنسي (Deux ou plusieurs personnes) حيث نقلها المشرع الجزائري عن المشرع المصري حرفيا و ترجمها في كلمة (إثنان)، و كان الأجدر استعمال المصطلح القانوني (شخصان) التزاما بحرفية النص، و قد ورد مثل هذه الحالة في أكثر من نص قانوني، تنص على هذا النحو المادة 416 من القانون المدني الجزائري التي عرفت عقد الشركة على أنه عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، فحق الملكية على المال الشائع، هو الذي ينقسم حصصا دون أن ينقسم المال ذاته.

غير أن البقاء في الشيوع قد يترتب عليه العديد من المشاكل تتنوع باختلاف حقوق الشركاء في الشيوع على المال المشاع، ويمكن للشريك التخلص من الشيوع بعدة بطرق كأن يتصرف الشريك في حصته الشائعة فيبيعها أو يهبها، كما يمكن للشريك التخلص من الشيوع وإزالته نهائيا بالقسمة.

والقسمة قد تكون نهائية تقضي على الشيوع وتزيله وبهذا يتخلص الشريك من حالة الشيوع، وقد تكون نفعية مؤقتة الغرض منها الاستفادة من المال المشاع، كما قد تتخلل القسمة بعض القيود منها ما هو مؤقت مقيد بمدة زمنية معينة ومنها ما هو مؤبد يرجع إلى بعض النصوص والاجراءات، ويترتب على القسمة أحقية الشركاء المتقاسمون في الضمان للتعرض والاستحقاق، وفي حالة تحقق التعرض يصوغ للمتقاسم طلب التعويض على أن تكون العبرة في التعويض بتاريخ الاستحقاق للحصة .

ومن أهم الأسباب التي دفعتني للكتابة في هذا الموضوع دون غيره هي الرغبة في التعرف على مختلف الأحكام التي تنظم موضوع قسمة المال المشاع في القانون المدني الجزائري وما يكون قد أغفله

المشرع الجزائري من أحكام أخرى بعد تحليل هذه النصوص للخروج بنتائج واقتراحات قصد تدارك النقائص وسد الثغرات القانونية، كون القسم الخاص بالملكية الشائعة لم تمسه التعديلات المتلاحقة للقانون المدني في التعديلات المتعاقبة من سنة 1980 إلى غاية 2007، وكذا محاولة التعرف على موقف التشريعات الوضعية من موضوع قسمة المال المشاع، وكذلك التعرف على مختلف الصعوبات التي تواجه رجال القضاء فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بقسمة المال المشاع في ظل وجود فراغات قانونية، ومع تزايد المشاكل والقضايا التي يثيرها موضوع قسمة المال المشاع تتزايد الاجتهادات القضائية التي ينادي الفقهاء تبعا لها بتعديل أحكام القانون المدني بالنظر إلى ما توصل إليه القضاء من مبادئ قانونية استنادا إلى القضايا التي طرحت عليه في هذا الخصوص.

وتظهر أهمية البحث في أن موضوعه لا يزال يطرح إشكالا في الحياة العملية، خاصة وأن الحالات الغالبة للشيوع في الجزائر ناجمة عن الميراث، هذا الأخير الذي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية الغراء التي تمتاز بالغنية والثراء، لذا سأحاول الاطلاع على آراء الفقهاء بخصوص بيع المال الشائع قصد الوقوف على نقاط الضعف والقوة بالنسبة لصياغة النصوص المتعلقة بهذا الموضوع، مركزا في هذه الدراسة على القسمة النهائية دون القسمة المؤقتة ، لأنها ترمي إلى التخلص من الشيوع وإزالته.

وسأسعى جاهدا من خلال هذا البحث معرفة مدى نجاعة النصوص وكذا مواكبتها للتطورات والتحولات التي يشهدها العالم اليوم، لا سيما المنقول الذي أضحى ينافس العقار من حيث القيمة الاقتصادية وإبراز مدى إسهام القضاء في إرساء المبادئ القانونية في هذا الشأن، وذلك للخروج بنتائج و اقتراحات قد تفيد بمعرفة النقائص التي تعتري النصوص القانونية المتعلقة بموضوع قسمة المال المشاع تماشيا مع الواقع العملي الذي يتسم ببطء الإجراءات وتراكم القضايا أمام الجهات القضائية المختلفة.

ولعل أهم الصعوبات التي واجهتني وأنا بصدد إعداد هذا البحث هو قلة الدراسات الوطنية المتخصصة بموضوع قسمة المال المشاع، وكذا صعوبة جمع قرارات المحكمة العليا بخصوص هذا الموضوع خاصة ما تعلق منها بأحدث الأحكام، وقلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع، ولم تزدني هذه الصعوبات والعقبات إلا عزما على العمل لتحقيق أهداف هذه الدراسة راجيا أن أكون قد وفقت في إعطاء ولو فكرة بسيطة عن هذا الموضوع وإثراء الرصيد الفكري والمعرفي.

ومن المراجع التي اعتمدت عليها في هذه الرسالة مؤلف للدكتور محمد عبد الرحمان الضويني بعنوان أحكام القسمة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، ومؤلف للدكتور زايد رجب أحمد البشبيشي بعنوان أحكام القسمة القضائية وآثارها في القانون المدني دراسة مقارنة، ومؤلف للأستاذ أحمد خالدي بعنوان القسمة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري، كونها المراجع التي تطرقت لموضوع قسمة المال المشاع بشكل مفصل مقارنة بغيرها، وعمد مؤلفي هذه المراجع إلى المنهج المقارن وهو ما يتماشى مع الأهداف التي رسمتها في معالجة هذا الموضوع.

على إثر ما تقدم أطرح الإشكال الآتي:

إلى أي مدى نجح المشرع الجزائري في إرساء النظام القانوني لقسمة المال المشاع؟

وما هو موقف التشريعات الأخرى من قسمة المال المشاع كحل نهائي لإزالة الشيوع ومشاكله؟

للإجابة على هذا الاشكال اخترت إتباع منهج تحليل مضمون النص وذلك بتجميع المعلومات والأفكار وقياسها مع بعضها البعض لاستخلاص أهم الأحكام المرتبطة بالموضوع، وكذا استخدام المنهج الوصفي وذلك بتبيان كل الحالات والصور المقررة لقسمة المال المشاع، وكذلك المنهج المقارن لاستظهار التباين بين مختلف النصوص القانونية التي عالجت موضوع قسمة المال المشاع في التشريع الجزائري والتشريعات الأخرى.

وتماشيا مع هذه المناهج الثلاثة، وتحقيقا لأهداف الدراسة التي تقتضي بحث هذا الموضوع من عدة جوانب قانونية، عمدت إلى الخطة الآتية:

الباب الأول: الأحكام العامة في قسمة المال المشاع

الفصل الأول: صور القسمة التي تقضي على الشيوع

المبحث الأول: اتفاق الشركاء في قسمة المال المشاع

المطلب الأول: شروط القسمة الاتفاقية المتعلقة بالشركاء في الشيوع

المطلب الثاني: شروط القسمة الاتفاقية المتعلقة بالمال المشاع وشكلها

المبحث الثاني: اختلاف الشركاء في قسمة المال المشاع

المطلب الأول: اللجوء للقضاء لقسمة المال المشاع

المطلب الثاني: الاستعانة بالخبرة الفنية لقسمة المال المشاع

الفصل الثاني: أوجه الطعن في القسمة التي تقضي على الشيوع

المبحث الأول: أوجه الطعن في القسمة المقررة للشركاء في الشيوع

المطلب الأول: الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن

المطلب الثاني: الطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال

المبحث الثاني: أوجه الطعن في القسمة المقررة لكل من له مصلحة

المطلب الأول: الطعن في القسمة بالبطلان

المطلب الثاني: الاعتراض على قسمة المال المشاع ونقضها

الباب الثاني: كيفية إجراء القسمة النهائية والآثار المترتبة عنها

الفصل الأول: كيفية إجراء قسمة المال المشاع

المبحث الأول: الانتفاع بالمال المشاع السابق لإجراء القسمة النهائية

المطلب الأول: قسمة المهايأة كحل احتياطي ومؤقت لقسمة المال المشاع

المطلب الثاني: تطبيق أحكام عقد الإيجار على القسمة التي ينتفع فيها بالمال المشاع

المبحث الثاني: طرق إجراء القسمة النهائية للمال المشاع

المطلب الأول: القسمة العينية للمال المشاع

المطلب الثاني: قسمة المال المشاع بطريق التصفية

الفصل الثاني: القيود والآثار المترتبة عن القسمة النهائية للمال المشاع

المبحث الأول: القيود الواردة على قسمة المال المشاع

المطلب الأول: القيود المؤقتة لقسمة المال المشاع

المطلب الثاني: القيود النهائية لقسمة المال المشاع

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على قسمة المال المشاع

المطلب الأول: الإفراز كأثر لقسمة المال المشاع

المطلب الثاني: الضمان في قسمة المال المشاع

الخاتمة

الباب الأول: الأحكام العامة في قسمة المال المشاع

لقد اعتنت التشريعات الوضعية بموضوع قسمة المال المشاع، ونظمته تنظيما محكما في نصوصها القانونية، إذ أن البقاء على الشيوع ينجم عنه العديد من المشاكل، وذلك نظرا لطبيعة الشيوع المعقدة التي تجعل كل شريك يملك حصة في كل المال المشاع لا في جزء محدد منه، مما يصعب على الشركاء في الشيوع الانتفاع بالمال المشاع والتصرف فيه، ونظرا لكثرة النزاعات التي تثيرها الأموال الشائعة اتجهت معضم الدول لوضع أنظمة قانونية تنظم أحكام المال المشاع بوجه عام، وقسمته وإزالة الشيوع بوجه خاص.

والشيوع نوعان: شيوع عادي وشيوع إجباري؛ فالشيوع العادي يمكن قسمته كالعقار المملوك على الشيوع الذي تملكه شخصان بطريق الحيازة أو بسند ملكية أو بغير ذلك من وسائل اكتساب الملكية، أما الشيوع الاجباري فإنه لا يمكن قسمته نظرا لطبيعته أو الغرض الذي أعد من أجله ومثاله الأجزاء المشتركة المملوكة على الشيوع في العقارات المبنية، ومهما تباينت مصادر الشيوع يبقى المال المشاع قابلا للقسمة سواء مؤقتا أو نهائيا ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك[1].

إن قسمة المال المشاع الحل الأمثل لحل جميع المشاكل التي يثيرها الشيوع، فبها يتحدد نصيب كل شريك ماديا بعد أن كان يملك نصيبا ممثل في حصة في الشيوع، ويستطيع أن يتصرف في نصيبه كما يريد بعد القسمة، وقسمة المال المشاع صنفان: الصنف الأول يتمثل في القسمة التي تقضي على الشيوع، فبها تتحول الحصص المعنوية للشركاء إلى حصص مادية بعدما كانت غير معينة، فيجزأ المال المشاع إلى أجزاء مادية ويستلم كل شريك جزء خاصا به والذي يساوي حصته في الشيوع، وهذا يفتح المجال للشركاء للانفراد بالمال والاستئثار به، هذا ما لم يكن المال غير قابل للقسمة أو أن هذه الأخيرة

---

[1] – Nadège reboul-maupin, droit des bien , Edition dalloz2006, p310.

من شأنها إحداث نقص كبير من قيمة المال المشاع والذي على إثره يتم اللجوء إلى تصفية المال المشاع[1].

والقسمة النهاية قد تكون رضاء أو قضاء، فقد يتفق الشركاء في قسمة المال المشاع حسب الطريقة التي يرونها مناسبة، ويقسم المال بينهم، وقد يختلف الشركاء في اقتسام المال المشاع ما يدفعهم باللجوء إلى القضاء للفصل في دعوى القسمة، والذي يستعين بدوره بذوي الاختصاص لتحديد الأنصبة واقتسام المال.

أما الصنف الثاني في قسمة المال المشاع هو القسمة التي ينتفع فيها بالمال المشاع، وهي قسمة مؤقتة الغرض منها انتفاع الشركاء بالمال المشاع إلى حين اقتسامه نهائيا، نظم لها المشرع أحكاما خاصة تنفرد بها، سأحاول من خلال هذا الباب التطرق إلى مختلف الأحكام المتعلقة بقسمة المال المشاع، وسأقف عند كل نقطة بشيء من التفصيل ساعيا لتوضيح التباين إن وجد بين النظام القانوني لقسمة المال المشاع في الجزائر ومختلف الأنظمة القانونية.

انقضاء المال المشاع بطريق القسمة أنجع صورة لإزالة الشيوع، فبه يتخلص كل شريك من مساوئ مشاركة المال مع الغير، سواء من حيث الادارة والاستعمال أو التصرف، فالشيوع ليس النظام الأمثل للملكية لتميزه بالتعقيد في الظاهر والجوهر، فظاهر الشيوع هو تملك عدة أشخاص شيء محددا، هذا التعدد من شأنه أن يحدث المساواة بين الشركاء في الشيوع، وبالتالي تتداخل سلطات كل شريك على حقه في الشيوع وتتصادم مع سلطات الشريك الآخر والذي تقرر له نفس الحقوق، على اعتبار أن الشريك هو مالك وبالتالي تقرر له السلطات الثلاث في الملك[2]، أما جوهر الشيوع هو التعدد في ملكية شيء واحد يتحدد بسهم جار في الشيوع، والذي يتمثل في كسر حسابي كالنصف أو الربع أو السدس[3].

---

[1] – وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، دراسة مقارنة، المكتبة الوطنية للنشر، طبعة 1993، ص132.

[2] – الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، نص المادة 674:" الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة."

[3] – أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الرابع، المجلد الأول في حق الملكية والشيوع والقسمة، دون مكان النشر الطبعة الأولى لسنة 1993، ص 234.

إن القاعدة العامة في الشيوع أن القسمة حق مقرر للشريك في المال المشاع يتخلص بموجبه من الشيوع وينفرد بجزء من المال المشاع، ويمارس عليه حقوقه دون غيره، مالم يوجد نص أو اتفاق يقضي بالبقاء على حالة الشيوع[1].

وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي الذي أكد على حق طلب القسمة وعدم إكراه كل شريك على البقاء في حالة الشيوع، ما لم يتفق الشركاء أو صدر حكم من محكمة يقضي بتأجيل القسمة[2]، كما أكد المشرع الفرنسي على حق الشريك في طلب اقتسام المال المشاع حتى ولو كان الشريك في الشيوع يتمتع بجزء أو بكل الأموال الشائعة ما لم يكن هناك عقد للقسمة او حيازة كافية لاكتساب الملكية بطريق التقادم المكسب[3].

وسبق التشريع الاسلامي غيره من التشريعات في أحقية طلب القسمة ونظمه تنظيما كافيا ونافيا للجهالة، بل وتوسع فقهاء الشريعة الاسلامية في تصنيف القسمة لاعتبارات متعددة، والأدلة في القرآن والسنة عديدة[4].

---

[1] – أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة للنشر طبعة 2008، ص19.

[2] – Art.815.c.civ.fr.:" Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être Provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention."

[3] – Art.816.c.civ.fr.:" Le partage peut être demandé, même quand l'un des indivisaires a joui séparément de tout ou partie des biens indivis, s'il n'y a pas eu d'acte de partage ou une possession suffisante pour acquérir la prescription."

[4] – محمد عبد الرحمان الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي للنشر، طبعة2013، ص28، من أدلة مشروعية القسمة من القرآن الآية 8 من سورة النساء"۝ وَإِذَا حَضَرَ ٱلۡقِسۡمَةَ أُوْلُواْ ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينُ فَٱرۡزُقُوهُم مِّنۡهُ وَقُولُواْ لَهُمۡ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗا ۝وَلۡيَخۡشَ ٱلَّذِينَ لَوۡ تَرَكُواْ مِنۡ خَلۡفِهِمۡ ذُرِّيَّةٗ ضِعَٰفًا خَافُواْ عَلَيۡهِمۡ فَلۡيَتَّقُواْ ٱللَّهَ وَلۡيَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدًا ۝" وما يدل عن مشروعية القسمة أن الله سبحانه وتعالى شرع لأولى القربى من اليتامى والمساكين حقا في التركة إذا حضروا القسمة، ومن أدلة مشروعيتها في السنة ما رواه ابو داود وابن ماجة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:" إذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فيها." في تفسير الحديث أن الأصل إذا تصرف أحد الشركاء في حصته يحق للشريك الآخر في الشفعة، ويسقط حقه فيها بالقسمة النهائية للمال المشاع.

الفصل الأول: صور القسمة التي تقضي على الشيوع

تصنف القسمة التي تقضي على المال المشاع إلى صنفين اتفاقية وقضائية، قسمة اتفاقية يتفق بموجبها الشركاء في الشيوع على اقتسام المال بالطريقة التي يرونها مناسبة ما لم يعترضهم قيد يحول دون ذلك، إذ نص المشرع في المادة 723 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون "، وهذا النوع من القسمة هو الأفضل في اقتسام المال المشاع وهذا ما سأوضحه من خلال المبحث الأول.

والصنف الثاني للقسمة يتمثل في القسمة القضائية، ويلجأ إلى هذا النوع من القسمة في حالة اختلاف الشركاء في قسمة المال، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 724 من نفس القانون: " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة..."، و لتمام هذا النوع من القسمة لابد من توافر شروط ومواكبة إجراءات لتحقيقها وهو ما سأتطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل بشيء من التفصيل.

وسواء تعلق الأمر بالقسمة الاتفاقية أو القضائية تنتهي حالة الشيوع، فبكل منهما تتحول الحصص المعنوية التي كانت ممثلة في كسر حسابي كالنصف مثلا إلى حصص مادية، فيستلم كل شريك حصته المحددة ويستقل بها، وتتحول إلى جزء مفرز خاص به، بعد ما كان حقه مرتبط بحقوق باقي الشركاء[1]، فالقسمة النهائية هي القسمة التي تتحول بموجبها ملكية المال من مشاعة إلى خاصة ومفرزة على خلاف القسمة المؤقتة التي تبقي ملكية المال شائعة بين الشركاء، ولكنها تسهل في تصفية الشيوع لاحقا[2].

---

[1] – وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، دراسة مقارنة، المكتبة الوطنية للنشر، طبعة 1993، ص 132.

[2] –Pierre voirin, Gilles Goubeaux, Droit civil, droit privé notarial régimes matrimoniaux, successions– libéralités, Edition libraire générale de droit et de jurisprudence, 24[eme] Edition 2006, p252.

المبحث الأول: اتفاق الشركاء في قسمة المال المشاع

القسمة الاتفاقية أفضل وسيلة لإزالة الشيوع، إذ تتجه إرادة الأطراف إلى إنهاء حالة الشيوع دون الحاجة للجوء إلى القضاء، و لهم أن يتفقوا على الطريقة التي يرونها مناسبة لاقتسام المال المشاع بينهم وهذا ما أكدته المادة 723 السالفة الذكر من القانون المدني، و التي نستشف منها شروط تحقيق القسمة الاتفاقية سواء المتعلقة منها بالشركاء المتقاسمين أو بالقسمة في حد ذاتها، فهي القسمة التي تتحقق بإجماع الشركاء فلا يكفي الأغلبية منهم كما هو مقرر للتصرف في المال المشاع [1]، كما أن القسمة الاتفاقية عقد يخضع بدوره للأحكام العامة للعقود لابد لصحته توافر شروط واجراءات شكلية معينة، وهي أسهل وسيلة لتحويل الحصص المعنوية إلى أجزاء مادية بينما القسمة القضائية تمتاز بالإجراءات المطولة للفصل في القضية ما لم يقرر القاضي تأجيل القضية لأسباب معينة أو تعيين خبير لتقويم المال المشاع وتحديد الحصص في تقرير الخبير الذي يبين للقاضي إمكانية قسمة المال المشاع عينا من عدمها.

المطلب الأول: شروط القسمة الاتفاقية المتعلقة بالشركاء في الشيوع

القسمة الاتفاقية بين الشركاء قسمة ودية بين أشخاص لهم الحق في اقتسام المال، ويمثلون أصحاب الحق في المال الشائع، ولتكون القسمة الاتفاقية صحيحة لابد من أن تستوفي شروطها المتعلقة بالشركاء لأنها عقد يمثل رغبة الشركاء في إنهاء حالة الشيوع، ولم ينص القانون بالتفصيل على الشروط الواجب توافرها لتمام القسمة الاتفاقية، ولكن يمكننا أن نستشفها من خلال نص المادة 723:" يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون "

استنادا لهذا النص يمكن أن نستخلص شروط القسمة الاتفاقية المتعلقة بالشركاء في الشيوع:

---

[1] – المادة 720 ق.م.ج:" للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلي باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا."

الفرع الأول: إجماع الشركاء ورضاهم على اقتسام المال المشاع

يشترط في القسمة الرضائية للمال المشاع أن يتم ذلك بموافقة جميع الشركاء في الشيوع، وأن يكون كل شريك راض عن الكيفية التي اختارها الشركاء للقيام بالقسمة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 723 السالفة الذكر إذ اشترط في القسمة الاتفاقية انعقاد إجماع الشركاء فلا تكفي الأغلبية لإتمام القسمة كما لا تتم القسمة الاتفاقية إذا كان من الشركاء من يعترض عليها حتى ولو كان نصيبه ضئيلا، وفي هذا الصدد انقسم الفقه القانوني إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه أن الأصل في القسمة الاتفاقية موافقة جميع الشركاء، فإذا اتفق بعض الشركاء دون البعض الآخر فإن القسمة غير صحيحة، ولكن العقد يظل صحيحا بالنسبة لأطرافه ولا يجوز لمن وافق على القسمة أن يرجع فيها بحجة عدم اكتمال إجماع الشركاء، و لمن لم يوافق على عقد القسمة الحق في إقراره ليصبح نافذا في حقهم، ولكنه يبقى غير ملزم لهم ما لم يتم إقراره.

الاتجاه الثاني: ويذهب هذا الجانب من الفقه إلى أن القسمة التي لم يجمع عليها الشركاء تعد باطلة كما لا يجوز لمن لم يوافق على القسمة مند البداية أن يؤيدها لاحقا، وعليه فيجب أن تعقد قسمة جديدة.

إن الرأي الأول هو الأقرب إلى الصواب لأنه يفتح المجال الشركاء المعارضين على القسمة أن يوافقوا عليها لاحقا كما أنه لا يترتب على موافقة الشركاء الذين عارضوا القسمة أي ضرر على سائر الشركاء الذين اتفقوا على القسمة منذ البداية، كما أنه لا يعقد إجراءات القسمة[1].

وقد قررت المحكمة العليا في هذا الصدد بطلان القسمة الودية، بسبب كون القسمة تضمنت بعض الورثة دون البعض الآخر، في حين في القسمة الاتفاقية يجب أن تتضمن جميع الشركاء طبقا لأحكام المادة 723من القانون المدني، قرار رقم 40.651، مؤرخ في 1986/02/24 "غير منشور"[2].

كم اشترطت المادة السالفة الذكر أن تتطابق إرادة الشركاء لاقتسام المال المشاع، وهو الشرط الجوهري في القسمة الرضائية فلابد من رضاء الشركاء ليتحقق انعقاد إجماعهم، وهذا الشرط تنفرد به القسمة الرضائية أو الاتفاقية دون غيرها، فالقسمة الاتفاقية عقد[3] المتعاقدون فيه هم الشركاء في الشيوع

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، مرجع سابق، ص308.

[2] –حمدي باشا، القضاء العقاري، في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للنشر طبعة 2003، ص79.

[3] – المادة 54 ق.م.ج: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما."

الذين يشترط فيهم الأهلية[1] وأن تكون إرادتهم خالية من العيوب وإلا كان العقد محلا للطعن، ومحل العقد هو المال المشاع محل القسمة، والذي يجب أن يكون مستوفيا لشروطه والتي سأتعرض لها في الفرع الثاني بشيء من التفصيل، وأن يكون للعقد سبب مشروع وهو إزالة الشيوع لأن حق طلب القسمة مضمون بالقانون إذ للشريك دائما الحق في طلبه ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بناء على نص قانوني أو اتفاق أبرمه[2]، فتنعقد القسمة الرضائية بين الشركاء بمجرد تطابق اراداتهم المتبادلة هذا إن كانوا أهلا للتعبير عنها، ومع مراعاة الاجراءات الشكلية التي يفرضها القانون في بعض العقود[3].

و لم ينص المشرع الجزائري صراحة على كيفية تعبير الشريك عن إرادته في القسمة تاركا الأمر للقواعد العامة في التعبير عن الارادة في العقود بوجه عام، والتعبير عن الارادة وفقا للتشريع الجزائري يأخذ وجهان، التعبير الصريح والتعبير الضمني، التعبير الصريح يكون باللفظ الصريح أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، كما أجاز المشرع الجزائري التعبير عن الارادة ضمنا ما لم ينص القانون أو يتفق الأطراف على ضرورة التعبير الصريح، وهذا ما تنص عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

ويرى جانب من الفقه[4] أن التعبير الضمني في القسمة الاتفاقية شكل من أشكال القسمة ابتدعته محكمة النقض المصرية وهي بصدد معالجة قضية تتعلق بملكية شائعة بين ورثة، على أساس أنها قسمة تقوم دون الاتفاق الصريح عليها وتحققت هذه القسمة وفقا لرأي محكمة النقض المصرية حينما يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع الذي يعادل حصته، ثم يتبعه سائر الشركاء بالتصرف في حص مفرزة تساوي حصصهم فستخلص من تصرفهم أنهم ارتضوا ضمنا قسمة المال المشاع فيما بينهم، واعتبرت المحكمة أنه استنادا من ظروف القضية اعتبرت أن الشركاء تراضوا على اقتسام المال وفقا للطريقة التي تصرفوا فيها في الأجزاء المفرزة التي تساوي حصصهم في المال المشاع[5].

---

[1] – المادة 40 ق.م.ج: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة."

[2] – المادة 722:ق.م.ج" لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق."

[3] –المادة 53 ق.م.ج: " يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية."

[4] – رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية للنشر طبعة 2003، ص 104.

[5] – محمد عبد الرحمان الضويني، نفس المرجع، ص312.

والتعبير عن الارادة في اقتسام المال المشاع يجب أن يكون خاليا من العيوب ليرتب آثاره القانونية، فلو وقع على أحد الشركاء مثلا إكراه يولد له نية خاطئة للتعاقد يجعل القسمة قابلة للأبطال، إذا تمسك به المكره على القسمة سواء كان الاكراه[1] من الغير أو من أحد الشركاء.

واشترط المشرع المصري كذلك إجماع الشركاء ورضاهم في القسمة الرضائية للمال المشاع طبقا لأحكام نص المادة 835:" للشركاء، إذا انعقد إجماعهم، ان يقتسموا المال بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون[2]."

فالأصل أن يتفق جميع الشركاء على القسمة لا البعض فقط وان يوقع عليها فور ابرامها، ولا يوجد ما يجبر الشركاء على توقيعها ولكن لا يجوز لمن وقع أن يتحلل من القسمة أو يعدل عنها بحجة عدم توقيع البقية، وهي على هذا النحو ليست باطلة لتخلف توقيع البعض، وينتقل حق التوقيع على القسمة إلى ورثة الشريك ، هذا إذا حضر الشركاء القسمة ورفضوا الوقيع عليها ، أما إذا تمت بين بعض الشركاء فقط دون البعض الآخر فإنها لا تقع ولو انحصرت في ما يعادل حصة الشركاء فقط ، ولكن القسمة بهذا الشكل تتضمن إيجابا فإذا ارتضى بها باقي الشركاء نفذت في حق الجميع ويعتبر عقد القسمة معلق على شرط وهو قبول باقي الشركاء بمقتضيات القسمة، ويشترط في حالة موافقة باقي الشركاء أن تتضمم القسمة جميع المال المشاع إذا كانت كلية، وتعيين جزء مفرز لكل شريك وإلا وجب تحرير عقد جديد او ملحق لعقد القسمة ويقع عليه من طرف جميع الشركاء[3].

إن رضا وإجماع الشركاء شرط تطلبه كذلك المشرع الفرنسي لتمام القسمة الودية بين الشركاء في الشيوع[4]، وعلى ذلك يشترط رضا الشركاء مجتمعين لقسمة المال المشاع إن كانوا من أهل الرضا، أو رضا

---

[1] – المادة 88 ق.م.ج: " يجوز ابطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الاخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها ان خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو احد أقربائه في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه ، سنه، وحالته الاجتماعية، والصحية ،وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه."

[2] – القانون المدني المصري، www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf تاريخ زيارة الموقع 15 سبتمبر 2018.

[3] – أنور طلبة، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث للنشر، طبعة 2004، ص162.

[4]– Art. 835. c.civ.fr.:" Si tous les indivisaires sont présents et capables, le partage peut intervenir dans la forme et selon les modalités choisies par les parties. Lorsque l'indivision

من ينوب عنهم إذا لم يكونوا مؤهلين للتعبير عن رغبتهم، وسواء صدر التعبير عن الارادة من الشريك نفسه أو من ينوب عنه يبقى عقد القسمة ملزما لمن ارتضاه[1]، ولم ينص المشرع الفرنسي على غرار نظيره الجزائري على كيفية التعبير عن إرادة المتقاسم، وبالرجوع إلى القواعد العامة في العقود نجده يشترط أن يكون التعبير عن الارادة خاليا من العيوب ليرتب آثاره القانونية[2].

واشترط الفقه الاسلامي إجماع و رضا المقسوم لهم في القسمة الرضائية، واعتبر قسمة التراضي جائزة بين الشركاء بإجماع علماء الفقه الاسلامي، فللشركاء مجتمعين دون غيرهم الحق في الاتفاق على اقتسام المال المشاع بينهم ومن يخلص بشيء من القسمة يصبح ملكه، ولكل شريك في الشيوع حق على باقي الشركاء فبمجرد أن يتحدد حق كل منهم ماديا يسقط حقه في باقي الأجزاء[3]، وقد وافق الفقه الاسلامي الفقه القانون في كون القسمة عقدا لكنهم اختلفوا في طبيعة هذا العقد .

ذهب رأي من الفقه الاسلامي لاعتبار القسمة بيعا مطلقا، وهم بعض من المالكية وقول لبعض الشافعية والزيدية واستدلوا في ذلك أنه إذا كان المال مشترك بين شريكين فإذا ما أخذ أحدهما النصف فقد رضي بقسمة الجزء الذي آل إليه وأنه قد أبدل نصيبه في الجزء الآخر للشريك الآخر والذي ارتضى بذلك الجزء، وحسب رأيهم القسمة لا تحتاج إلى إيجاب وقبول للتمليك وهذه هي حقيقة البيع، غير أنه لا تشترك القسمة والبيع في كافة حكامها وهذا ما أكده المالكية إذ أنهم عبروا على القسمة في مصنفاتهم أنها كالبيع، وتعليلهم في ذلك أن القسمة فيها نوع من التساهل والذي لا يوجد في البيع، ففي نظرهم يجوز أن يقتسم أردب من القمح بين اثنين يأخذ أحدهما الثلث والاخر الثلثين، وذلك غير جائز في البيع.

وهناك رأي آخر من الشيعة و الزيدية ومذهب الظاهرية اعتبر القسمة إفراز حق مطلق، واستدلوا بأن القسمة لا تفتقر إلى لفظ التمليك ولا تجب فيها الشفعة وأنها تختلف عن البيع[4]، ويقول ابن حزم في هذا الصدد في كتابه المحلى: "إنها لو كانت بيعا لما جاز ان تأخذ البنت دينارا والابن دينارين." ففي قسمة

---

porte sur des biens soumis à la publicité foncière, l'acte de partage est passé par acte notarié."

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، نفس المرجع، ص188.

[2]– Art. 1109. c.civ.fr.:" Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol."

[3] – أحمد فلاح عبد البخيت، الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2012، ص212.

[4] – وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السادس، بقية العقود وما يتعلق بها الملكية وتوابعها، دار الفكر المعاصر الطبعة الرابعة معدلة، سنة1997 ص 4735.

الدنانير الثلاث بين الأخ والأخت، يأخذ الأخ دينارين والأخت دينار، والأخت بهذا لم تبع لأخيها الدينارين بالدينار إنما بادلته ما تستحقه في الدينارين بما يستحقه هو في الدينار[1].

ورأي آخر من الفقه الاسلامي وهو قول بعض الحنفية يعتبر القسمة بيع في بعض الحالات وفي البعض الآخر إفراز، فيعتبرون القسمة بيع إذا حصل فيها التراضي والمبادلة وفي نظرهم هذا هو حقيقة البيع، بينما إذا حصت القسمة بالقرعة، فهي على هذا الوجه غير موقوفة على اختيار الشركاء المتقاسمين فهي بذلك إفراز[2].

وعليه فهناك توافق بين الفقه القانوني والتشريع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي في كون إجماع الشركاء ورضاهم على اقتسام المال المشاع ضروريا لتمام القسمة الرضائية، ويساير هذا الموقف الفقه الاسلامي ولكنه تميز عنهم في طبيعة الرضا التي تختلف باختلاف تكييفهم لعقد القسمة.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية حول جواز القسمة من عدمها إذا ترتب على رضا الشركاء وإجماعهم لاقتسام المال ضرر يلحق جميع الشركاء، وأعطوا مثالا على بعض الأموال التي إذا اتفق الشركاء على اقتسامها فإن ذلك سيسبب ضررا لهم مثل اللؤلؤة والزمردة، والثوب الواحد، والخيمة وغير ذلك.

فذهب الحنفية والحنابلة إلى القول أنه يجوز للشركاء إذا تراضوا وانعقد اجماعهم أن يقتسموا المال ولو كان فيه ضرر، سواء ترتب على القسمة زوال الانتفاع بالمال المقسوم أو أن صفته تغيرت بسبب القسمة ودليلهم في ذلك قول الله تعالى" ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴿٧﴾" الآية 7 سورة النساء، وحسب قولهم أن الله تعالى شرع حق القسمة بين الورثة سواء كان المال قليلا أو كثيرا ولم يقيد ذلك بنفع أو ضرر، وتبريرهم كذلك أن للشركاء أن يتراضوا على الاضرار بأنفسهم من أجل التخلص من مساوئ مشاركة الغير.

بينما ذهب بعض من المالكية والشافعية والإباضية إلى أنه لا يجوز التراضي بين الشركاء في القسمة إذا كان يبطل منفعة المال المقسوم، كالجوهرة، واستدلوا بما ورد في الحديث عن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر ولا ضرار" حديث حسن رواه بن ماجة والدارقطني وغيرهما مسندا، فقد نهي عن الضرر سواء ألحقه الانسان بنفسه او بغيره، و ونهي عن اقتسام ما لا ينقسم إذا نجم عنه ضرر يلحق جميع الشركاء، ومن أدلتهم عن محمد بن أبي بكر بن عمر بن حزم عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" لا تعضية على أهل الميراث إلا ما حمل القسم" سنن الدارقطني وقد فسره أبوا عبيد هو أن التعضية بمعنى تفريق وانه لا يقسم الشيء الموروث إذا ترتب على

---

[1] – علي ابن حزم الأندلسي، المحلى، الجزء الثامن مكتبة الجمهورية العربية ، طبعة 1969، ص 560.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 41.

اقتسامه ضرر يلحق الجميع، وأن قسمة ما يبطل نفعه يعتبر سفها وتضييعا للمال وقد نهى الدين الحنيف عن تضييع المال، وأن الغرض من قسمة المال هو تخصيص جزء لكل شريك لينتفع به، أما إذا كان في قسمته ضرر، وزوال المنفعة من المال فيجب منع القسمة.

والرأي الراجح هو القول الثاني لقوة أدلتهم، وأن التراضي على الضرر أمر منهي عنه، والآية الكريمة التي استدل بها أصحاب الرأي الأول هدفها وجوب الأنصبة والنصيب للصغير والكبير قليلا كان أو كثيرا[1].

قد يقع في القسمة الحاصلة بالتراضي وأن يصدر التعبير عن الارادة من الفضولي[2] لا المالك، ففي هذه الحالة يكون الفضولي قد تصرف في مكان شخص لم يوكله قانونا للقيام بذلك، ولا تكون القسمة نافذة إلا إذا أجازها الشريك المتقاسم أو وكيله القانوني أو الاتفاقي أو الورثة في حالة وفاة المورث[3]، واذا اجاز الشريك المتقاسم قسمة الفضولي تكون نافذة في حقه، أما إذا لم يجزها تنفسخ و لا يصح إجازتها بعد انفساخها

والقسمة من العقود التي يصح فيها التوكيل، فإذا اجاز الشريك المتقاسم قسمة الفضولي التي أجراها دون أن يكون ملزما بذلك فتطبق عليه احكام الوكالة ويكون ملزما برد ما تسلمه بسبب الفضالة وتقديم حساب ما قام به[4].

ما يمكن استخلاصه في هذا الجزء أن إجماع الشركاء ورضاهم لاقتسام المال المشاع شرط جوهري تضمنته معظم التشريعات العربية والتشريع الفرنسي وحتى الفقه الاسلامي فلا بد من توافر الرضا لتمام القسمة الرضائية وتكون الارادة الصادرة من الشركاء خالية من العيوب لتنتج القسمة الرضائية آثارها القانونية.

وقد انقسم الفقه في مدى صحة عقد القسمة إذا ما تم بين بعض الشركاء دون البعض الآخر، فذهب جانب من الفقه[5] إلى القول بأن القسمة غير صحيحة لكنها ملزمة للأطراف التي وافقت عليها

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، نفس المرجع، ص 303.

[2] – المادة 150 ق.م.ج: " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك."

[3] – المادة 152 ق.م.ج :" تسري قواعد الوكالة إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي".

[4] – المادة 155 ق.م.ج :" يلزم الفضولي بما يلزم به الوكيل من رد ما تسلمه بسبب الفضالة وتقديم ما قام به."

[5] – علي الخفيف، الملكية في الشريعة الاسلامية، الجزء الثاني ، معهد البحوث والدراسات العربية للنشر، طبعة 1968، ص101.

وتصبح كذلك في حق باقي الشركاء إذا أقروها، بينما ذهب جانب أخر من الفقه [1] لاعتبار الاتفاق على القسمة بين بعض الشركاء باطل كما لا يجب إجبار باقي الشركاء على إقرار القسمة لمجرد أن البعض أو الأغلبية من الشركاء اتفقوا على طريقة معينة للقسمة.

تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع المصري انفرد بأحكام خاصة بقسة المال المشاع والمتعلقة منها بالتركة كمصدر للشيوع ومفادها ان المورث وهو على قيد الحياة، ورغبه منه في تجنيب الورثة مشاكل الشيوع، يقوم هو شخصيا بقسمة التركة وذلك بإجراء يسمى بالوصية بالقسمة، فالمورث وفقا للتشريع المصري أدرى بمصالح الورثة، ويستطيع أن يقسم ماله ويخصص لكل شريك جزء خاص به يستطيع أن يديره وينفعه بعد وفاة المورث وقد نص على هذا الإجراء في نصوص المواد من 208إلى 913 من القانون المدني الصادر في سنة 1948 وسبق هذا القانون في تنظيم أحكام الوصية بالقسمة قانون الوصية رقم 81 لسنة 1946، إذ نصت المادة 13 من قانون الوصية على أنه: "تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعين لكل وارثه أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاة الموصي فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه كانت الزيادة وصية" كما أن الوصية بالقسمة قد تشتمل على كل المال المشاع، كما قد تشتمل على جزء منه وفي هذه الحالة الباقي يأخذ حكم الميراث ويقسم على الورثة بعد وفاة المورث[2].

وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي، والذي أجاز للشخص وهو على قيد الحياة بأن يقوم بتخصيص بعض أمواله أو كلها ويقسمها بين ورثته المحتملين، ويتخذ هذا التصرف إما شكل الهبة بالقسمة أو الوصية بالقسمة وهو موقف المشرع الفرنسي، ويخضع هذا التصرف للأشكال والقواعد والشروط المحددة في الهبة بين الأحياء، في الحالة الأولى، ويخضع لقواعد الوصية في الصورة الثانية[3].

---

[1] – على هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،2000 ص73.

[2] – همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2010، ص451.

[3] – Art. 1075. c.civ.fr : " Toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits. Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas et pour les testaments dans le second."

كما منح القانون الفرنسي الحق للمتصرف في أمواله ان يقسمها على فروعه أو ورثته من درجات مختلفة، بغض النظر عن كونهم ورثة محتملين أم غير ذلك[1]، ولم يجز القانون الفرنسي في هذا النوع من التصرفات رفع دعوى تكملة الحصة للغبن، والتي هي مقررة للشريك في الشيوع الذي لحقه غبن من جراء القسمة[2]، والذي سأتطرق إليه بشيء من التفصيل في الفصل الثاني حين التطرق إلى أوجه الطعن في القسمة.

هذا الصنف من القسمة لم يجزه الشرع الاسلامي ولا القانون الجزائري، فالوصية لها أحكام خاصة كما أنه لا وصية لوارث ولا وصية لأكثر من الثلث، واستحقاق الميراث يكون بعد وفاة المورث لا أثناء حياته، كما أن قسمة المواريث قسمة خاصة ، لأن واضع الأنصبة هو الله جل جلاله وما يبقى على الورثة إلا أن ينفذوا وصية الله.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار رقم 93703 المؤرخ في 1993/09/28 وأهم ما جاء فيه ان تصرف المورث أمام الموثق وتحريره العقد الذي أعطاه الموثق اسم اعتراف بقسمة مؤبدة، هو عمل لا أساس له في الشريعة الاسلامية أو في القانون المدني، لأن التركة لا تفتتح إلا بعد وفاة المورث، كما أن القسمة تتم بين الشركاء والمورث ليس شريكا في القسمة.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة في قرار لاحق لها تحت رقم 179555، مؤرخ في 1997/03/17، وذلك حينما قام مورث بتخصيص مجموعة من العقارات لأحد أبنائه تفضيلا عن باقي أبنائه، وأجابت المحكمة العليا أن ما قام به المورث غير مشروع، وأن التركة تفتتح بعد وفاة المورث لا أثناء حياته[3].

وقرار آخر والذي أهم ما ورد فيه أن التركة لا تفتتح إلا بعد وفاة المورث وقيام المورث بقسمة أملاكه على أولاده لا أساس له، كما أن القسمة تتم بناء على أنصبة، ونصيب كل وارث لا يتحدد إلا بعد الوفاة[4].

---

[1] – Art. 1075 bis 1. c.civ.fr : " Toute personne peut également faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre des descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non ses héritiers présomptifs."

[2] – Art. 1075 bis 3. c.civ.fr: " L'action en complément de part pour cause de lésion ne peut être exercée contre les donations-partages et les testaments-partages."

[3] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص70.

[4] – المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثالث، ص 18، قرار رقم 91439 مؤرخ في 1992/10/28.

المبدأ: " حيث ان تصرف مورث الأطراف بقسمة املاكه على أولاده لا أساس له في الشريعة الاسلامية أو القانون، لان التركة لا تفتح إلا بعد وفاة المورث.

تجدر الاشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري جعل القسمة الاتفاقية بيد الشركاء في الشيوع، مهما كانت أنصبة كل منهم، وبغض النظر عن مصدر الشيوع، ولكن المشرع وضع أحكام زجرية للشريك في الشيوع، والذي يستولى على حقوق سائر الشركاء في الميراث فتطبق عليه أحكام المادة 363 من قانون العقوبات الجزائري التي أوردت عقوبة سالبة للحرية بالإضافة إلى غرامة مالية[1].

كما ان القسمة ذاتها لا تتم إلا بين الشركاء، والورثة ليسوا شركاء مع مورثهم فتصرف المورث كما ذكر لم يعتمد على أساس شرعي أو قانوني، لأن نصيب كل وارث لا يتحدد إلا بعد وفاة المورث."

[1] – الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يوليو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات النص الكامل للقانون إلى وتعديلاته غاية 25 فبراير 2009، جريدة رسمية عدد 49مؤرخة في 11 جويلية 1966 ص 702، تنص المادة 363 منه:" يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج الشريك في الميراث أو المدعي بحق في تركة الذي يستولي بطريق الغش على كامل الإرث أو على جزء منه قبل قسمته.

وتطبق العقوبة ذاتها على الشريك في الملك أو على أحد المساهمين الذي يستولي بطريق الغش على أشياء مشتركة أو على مال الشركة.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر.

ويعاقب على الشروع في الجنح المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة."

الفرع الثاني: حضور الشركاء القسمة وتمتعهم بالأهلية القانونية

يشترط لتمام القسمة الرضائية أن يكون الشركاء المتقاسمين حاضرين في القسمة أو من يمثلهم قانونا، وهذا الشرط لابد منه إذ من غير المعقول أن يتفق الشركاء على اقتسام المال المشاع بدون حضورهم أو حضور من ينوب عنهم، ويشترط في الحاضر في القسمة أن يكون مؤهلا للتعبير عن رغبته في اقتسام المال وهذا ما نستشفه من خلال ايراد المشرع الجزائري في المادة723 عبارة : "فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون "

فالشريك المتقاسم قد يحضر هو شخصيا القسمة، سواء كان شريكا أصليا أو لاحقا فالشريك الأصلي من كان منذ بداية الشيوع شريكا فيه، بينما الشريك اللاحق هو الذي التحق بالشيوع بناء على إحدى التصرفات القانونية، فقد يتصرف الشرك في الشيوع في حصته الشائعة ويصبح بذلك المشتري شريكا في الشيوع، وهو ما يطلق عليه الشريك اللاحق سواء كان الشرك السابق قد تصرف في حصته الشائعة أو في نصيب منها[1]، فإذا كان الشريك مثلا يملك في أرض معينة النصف مشاعا له أن يتصرف في الربع ويبقي الربع الآخر في ملكيته، وفي هذه الحالة يزداد عدد الشركاء، وقد يحضر من ينوب عنه قانونا[2]، وهو الولي[3] أو الوصي[4] أو القيم[5] أو الوكيل، فقد يحدث وأن يكون بين الشركاء شريك أو أكثر قاصرا، أو محجور عليه إما لجنون او لعته أو غفلة أو سفه، أو كان فيهم غائب أو من كان بينهم من منعته ظروف

---

[1] – ق.م.ج المادة 714 /1: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله ان يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق ضرر بحقوق سائر الشركاء."

[2] القانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج ر عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005 ص المادة 81: "" من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن، أو جنون أو عته، أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون."

[3] – ق .أ.ج المادة 87: " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد."

[4] – ق.أ.ج المادة 92: " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح بينهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون."

[5] – ق.أ.ج المادة 99 : " المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة."

للحضور لذا عين وكيلا عنه ليحل محله، فلا يثور الاشكال إذا كان الشريك كاملا الأهلية[1] لأنه يتولى أموره بنفسه، ويكون مؤهلا لمباشرة التصرفات التي يخولها القانون بما في ذلك القسمة الاتفاقية للمال المشاع[2].

وقد شدد المشرع الجزائري في حماية الفئات السالفة برقابة سابقة عن القسمة، إذ اشترط ضرورة الحصول على الإذن من القاضي ليتصرف في أموال من هم تحت مسؤوليته، وأن يبدي على أمواله عناية الرجل الحريص، سواء تعلق الأمر بالولي أو الوصي أو المقدم، وهذا ما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري:" على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام .

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار اموال القاصر او الاقتراض او المساهمة في شركة.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد."

وقد فرض المشرع الجزائري على القاضي الذي ينظر في طلب الإذن التصرف في أموال ناقص أو فاقد الأهلية أن يراعي حالة الضرورة، والمصلحة، وأن يتم البيع بالمزاد العلني إذا رأى وجه لذلك[3]، ففي هذه الحالة لا بد أن تتم الاجراءات تحت إشراف المحكمة لمراعاة مصلحة القاصر لأن حماية القصر من النظام العام[4]، ويتم البيع بناء على قائمة شروط البيع والاذن القضائي[5]، ويتم اللجوء إلى هذا النوع من القسمة إذا استحالة القسمة أو كان من شأنها إحداث نقص في قيمة المال المراد قسمته.

---

[1] –المادة 86 ق.أ.ج.:" كل من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني."

[2] – المادة 40 ق.م.ج: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة."

[3] – المادة 89 ق.أ.ج : "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة ، أو أن يتم البيع بالمزاد العلني."

[4] – احمد خالدي، مرجع سابق، ص57.

[5] – قانون 08-09 المؤرخ في 28 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية المادة 783:"يتم بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني، للمفقود وناقص الأهلية، والمفلس حسب

وقد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها ضرورة طلب الإذن من المحكمة في التصرفات المتعلقة بقسمة ورهن الأموال الخاصة التي يملكها القصر، إذ على الولي الحاضن أن يرجع للقاضي بخصوص أموال من هو تحت ولايته وذلك في قرار رقم 40651 مؤرخ في 1986/02/24، وذهبت المحكمة العليا في قرار آخر أن للأم الولاية القانونية على أولادها لا يحق لها التصرف في حق ابنها القاصر إلا بعد الرجوع إلى المحكمة وذلك في قرار رقم 41470 مؤرخ في 1986/06/30[1].

ولا يثور الاشكال إذا تمت القسمة بين شركاء بينهم عديم الأهلية كالصبي غير المميز إذ نص المشرع الجزائري صراحة على بطلان تصرفاته بما في ذلك عقد القسمة[2]،أو المجنون الذي اعتبر المشرع الجزائري تصرفاته غير نافذة[3]، ولكن الاشكال يثور بالنسبة للصغير المميز الذي أجاز له القانون التصرف في أمواله جزئيا أو كليا بعد استئذان القاضي، ولهذا الأخير أن يرجع في قراره ويرفض منح الإذن للقاصر متى رأى ضرورة أو أسباب تدفع لذلك[4]، ويفرق القانون بين تصرفاته التي يبرمها بمحض إرادته التي تكون نافعة له والتصرفات التي تضره والتي تكون دائرة بين النفع والضرر، وكون القسمة تصرف

قائمة شروط البيع، تودع بأمانة ضبط المحكمة ، يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي، او يعدها وكيل التفليسة حسب الحالة.

تتضمن قائمة شروط البيع البيانات الآتية:

1- الإذن الصادر بالبيع.
2- تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري، تعيينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها، عند الاقتضاء مفرزا أو مشاعا، وغيرها من البيانات التي تفيد تعيينه ، وإن كان العقار بناية ، يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات.
3- شروط البيع والثمن الأساسي.
4- تجزئة العقار إلى أجزاء إن اقتضت الضرورة ذلك ، مع ذكر الثمن الأساسي لكل جزء.
5- بيان سندات الملكية."

[1] - احمد خالدي، مرجع سابق، ص57.

[2] - المادة 82 ق.أ.ج :" من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة."

[3] - المادة 85 ق.أ.ج : " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذه إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته او السفه."

[4] - المادة 84 ق.أ.ج: " للقاضي ان يبلغ سن التمييز في التصرف كليا او جزئيا في أمواله ، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك."

يتأرجح بين النفع والضرر[1] فهي موقوفة على إجازة الولي أو الوصي، فإذا تنازع الأطراف بخصوص القسمة يرفع الأمر إلى القاضي.

يجب في هذا الصدد إعطاء تعريفات موجزة لفئات من الأشخاص التي قد يصادف وأن تكون طرفا في القسمة:

– فغير المميز هو الصبي الصغير في السن الذي لم يبلغ سن التمييز الذي حدده المشرع الجزائر بثلاثة عشر سنة كاملة.

– القاصر هو كل شخص بلغ سن التمييز المحدد بثلاثة عشر سنة ولم يبلغ سن الشرد الذي حدده المشرع بتسعة عشر سنة كاملة.

– المجنون هو كل شخص فقد قواه العقلية، ولم تعد ملكاته الذهنية تحدد بين الصواب والخطأ، وجعل المشرع تصرفاته طبقا للمادة 85 السالفة الذكر غير نافذة.

– السفيه هو الشخص الذي يبذر أمواله دون احتياط أو تبصر، فهو من ضعفت لديه بعض الملكات النفسية التي تضبطه فهو يبذر المال على خلاف ما يقتضيه الشرع والعقل، وحكمه حكم المجنون إذا أبرم التصرف في حالة السفة.

– المعتوه هو الشخص الذي أصيب في ملكاته الذهنية فتجعله أحيانا يتصرف كالمجنون وفي حالات أخرى يتصرف وكأنه بكامل قواه العقلية وقد جعله المشرع في مرتبة المجنون وأخضعه لنفس أحكامه.

– ذا الغفلة هو الشخص الذي أصيب ففقد القدرة على التمييز، فهو لم يفقد كل قواه العقلية كالمجنون ولكنه قدرته الادراكية ضعيفة وتم تصنيفه مع المجنون والسفيه.

– المحجور عليه هو الشخص الذي صدر حكم بحقه من القضاء يقضي بعدم أهليته لمباشرة التصرفات القانونية، وهو يخص الشخص البالغ الذي طرأت عليه حالة من الجنون أو العته أو السفه[2]، واعتبر المشرع جميع تصرفات المحجور عليه باطلة إذا صدرت بعد الحكم عليه، وتعتبر كذلك قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وقت صدورها[3].

---

[1] – – محمد عبد الرحمان الضويني، نفس المرجع، ص302.

[2] – المادة 101 ق.أ.ج : "كل من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه او طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه."

[3] – المادة 107 ق.أ.ج : "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها."

فقد أحسن ما فعله المشرع الجزائري حين شدد في حماية هذه الفئات إذا كان أحد الشركاء في القسمة الرضائية يصنف ضمن إحداها و ذلك لحفظ وصيانة حقوق الشخص الذي تجب حمايته وصيانتها من الضياع والتلف، وفرق بين نظام الولاية والوصاية والتقديم، إذ تتشابه في كون أن الولي والوصي والمقدم أشخاص مسؤولون عن أموال من تجب حمايتهم إضافة إلى الاشتراك في الأحكام المطبقة على كل منهم[1]، فالأب هو ولي القاصر قانونا وفي غيابه الأم، أما الوصي فيعين من الأب أو الجد إذا كانت الأم غائبة ليتولى أمور الولد القاصر، بينما المقدم تعينه المحكمة بناء على طلب من له مصلحة أو أحد الأقارب أو النيابة العامة، هذه الأخيرة تحرص على حماية أموال القصر وفي هذه الحالة يجي أن تتم القسمة بطريق القضاء.

ما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع خول للقاضي سلطة منح الإذن لإجراء القسمة كلية كانت أو جزئية إذا كان بين الشركاء في الشيوع من هو ناقص الأهلية، ونص في نفس المادة84 على سلطة القاضي في الرجوع عن الإذن لكن المشرع لم يبين كيفية الرجوع، فقد تكون تلقائيا أو بطلب من له مصلحة قياسا على طلب الإذن في القسمة، ولم يبين المشرع الأسباب والمبررات التي على إثرها يعدل القاضي عن قراره.

تجدر الإشارة إلى أن مصادر الشيوع مختلفة، ويعتبر الميراث من المصادر الغالبة للشيوع، وطبقا لأحكام القانون المدني وقانون الأسرة الأنصبة في قسمة الميراث محددة قانونا كون معظم أحكام قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية[2]، فما يميز قسمة الميراث كمصدر للشيوع أن القانون والشرع رسم الأنصبة وحددها بالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وكون أن نصيب كل شريك في الشيوع الذي مصدره الميراث لا يمنع من تطبيق أحكام المادة 723 السالفة الذكر، إذ يجوز أن يقتسم الورثة رضاء الميراث مع مراعاة أسهم كل شريك التي حددها الشرع، وإذا وجد شريك ناقص الأهلية وجب اتباع الاجراءات التي يفرضها القانون، والتي تتمثل في ضرورة الحصول على إذن من القاضي[3]، ويراعي هذا

---

[1] – ق.أ.ج المادة 95:" للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و98 و90 من هذا القانون." ونص المادة 100 من نفس القانون:" يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام."

[2] – المادة 222 ق.أ.ج : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

[3] – المادة 88 ق.أ.ج :" على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام .

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار اموال القاصر او الاقتراض او المساهمة في شركة.

الأخير مصلحة القاصر، وإذا كانت هناك ضرورة تقتضي قسمة المال المشاع وفي حالة استحالة القسمة يتم البيع بالمزاد العلني[1].

إلا أنه هناك تناقض بين أحكام المواد السالفة الذكر وما نص عليه المشرع في المادة 181 من قانون الأسرة إذ ينص المشرع صراحة على ضرورة احترام أحكام الملكية الشائعة في التقنين المدني والتي أجازت القسمة الرضائية حتى ولو كان بين الورثة قاصرا، بينما الفقرة الثانية من نفس المادة تنص على أنه في قسمة التركة التي يكون أحد شركائها قاصر تجرى القسمة عن طريق القضاء[2]، والقسمة القضائية لها أحكام خاصة سآتي على ذكرها، والتي أهم ما يميزها أن القاضي هو الذي يتولى القسمة على خلاف القسمة الرضائية التي يتولى فيها الشركاء بأنفسهم كيفية إجرائها.

وقد يكون بين الشركاء في القسمة الاتفاقية غائبا أو مفقودا، ففي هذه الحالة وجب مسايرة الأحكام التي يفرضها القانون وإلا جاز الدفع ببطلان القسمة، فالغائب عن القسمة هو من منعته ظروف قاهرة من الحضور[3]، ويعتبر مفقودا بحكم يصدر عن الجهة القضائية المختصة[4]، ولا يجوز قسمة أمواله إلا بعد صدور حكم يقضي باعتباره ميتا[5]، وفي الحالة التي يظهر فيها بعد القسمة له أن يطعن ببطلان القسمة لأنه شريك ولم يدرج ضمن القسمة.

وعقد القسمة الاتفاقية هو عقد تنطبق عليه الحكام العامة في العقود، فإذا تم بين بعض الشركاء دون البعض الاخر وتضمن كل المال المشاع فالقسمة هنا تكون باطلة، ويجوز تعليقها على شرط واقف أو

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد."

[1] – المادة 89 ق.أ.ج : "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة ، أو أن يتم البيع بالمزاد العلني."

[2] – المادة 181 ق.أ.ج : " يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و 173) من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة.

وفي حالو وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء."

[3] – المادة 110 ق.أ.ج : "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود."

[4] – المادة 109 ق.أ.ج : "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم."

[5] – المادة 115 ق.أ.ج : "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقى عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها."

فاسخ، كما يجوز للشريك أن ينيب شخص آخر من الشركاء أو الغير ليحل محله في القسمة ويستلم حصته ليسلمها له لاحقا، وذلك بموجب وكالة مبرمة بينهما، على أن لا يتجاوز الوكيل حدود الوكالة[1].

وذهب القضاء المصري إلى اعتبار عقد القسمة من العقود التبادلية وتصرف مالي يتأرجح بين النفع والضرر، لذلك يشترط أن تكون الوكالة التي يبرمها أحد الشركاء للوكيل أن تكون خاصة لا عامة، ليتضح مدى سعة الوكالة بما تشمله من تصرفات قانونية[2].

إن حضور الشركاء القسمة وتمتعهم بالأهلية القانونية شرط تطلبه كذلك التشريع المصري[3] إذ نص المشرع المصري في القانون المدني في المادة 835:" للشركاء، إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون.[4]"

ونفس النص نجده يتطابق في التشريع المدني السوري نص المادة 789[5] والتقنين المدني الليبي المادة 844، و في التقنين المدني العراقي تنص المادة 1071:" للشركاء، إذا لم يكن بينهم محجور، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها .

لا تتم القسمة الرضائية إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري.

لدائني كل شريك ان يطعنوا في القسمة، إذا كان فيها غش أو اضرار بمصلحته [6]. "

وهو ما نص عليه كذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني المادة 941: " للشركاء أن يتفقوا على القسمة بالطريقة التي يرونها، وإذا كان بينهم غير ذي أهلية أو غائب غيبة متقطعة فلا تكفي موافقة ممثله الشرعي، بل يجب أن يحكم القاضي المدني بالتصديق على القسمة لتصبح نافذة[1]."

---

[1] – المادة 571 ق.م.ج:" الوكالة أو الإنابة هو عقد يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه."

[2] – محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها- أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2003، ص125.

[3] – عبد الرزاق س السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2000،ص892.

[4] – ق.م.م.

[5] – القانون المدني السوري، https://www.qanoon-online.com/tag، تاريخ زيارة الموقع، 15 سبتمبر 2018.

[6] – القانون المدني العراقي، القانون- المدني-العراقي /https://www.scribd.com/com/doc/20915366. تاريخ زيارة الموقع 15 سبتمبر 2018.

وقد اشترط المشرع المصري على غرار نظيره الجزائري ضرورة الحصول على الإذن وهذا بموجب المادة 40 من قانون الولاية على المال المصري: " على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع، وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها، وللمحكمة في جميع الأحوال ان تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية."

وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة كاملة وذلك وفقا للمادة 44 من القانون المدني بنصها:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة[2]."

ما يلاحظ أن كلا من التشريع المصري والجزائري اتفقا من ضرورة وجود إذن من المحكمة، ولكن التشريع المصري جاء اكثر تفصيلا من التشريع الجزائري في ما يتعلق بالإذن و تدخل المحكمة في كيفية إجراء القسمة الرضائية للشركاء إذا كان بينهم ناقص الأهلية، وعلى خلاف المشرع الجزائري منح المشرع المصري للقضاء أن يقرر تحويل القسمة الاتفاقية التي تتم تحت رقابة المحكمة إلى قسمة قضائية وهذا ما سكت عنه المشرع الجزائري في الحالة التي يرفض فيها القاضي منح الولي أو الوصي أو المقدم الإذن في التصرف في أموال من تجب حمايتهم، هذا الفراغ التشريعي قد يفسر إلى عدة تأويلات منها أن يطعن في قرار القاضي الذي قضى برفض منح الإذن، أو يتم اللجوء إلى القسمة القضائية على اعتبار أن القاضي يراعي مصلحة ناقص أو فاقد الأهلية.

وقد نص المشرع المصري على أنه يسري على الغائب والمحجور عليه الأحكام التي تسري على القاصر المادة89 من قانون الولاية على المال المصري:" يسري في شان قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شان قسمة القاصر من احكام."

ولا يجوز للشركاء الكاملين الأهلية أن يتحللوا من الاتفاق على القسمة إن ارتضوا به أن يتحللوا منه بحجة أن المحكمة رفضت التصديق على القسمة، بل يجب أن يظلوا مقيدين بالقسمة الاتفاقية، لأن التصديق شرع لحماية غير كامل الأهلية والغائب، فهو حق مقرر لمن تجب حمايتهم قانونا لا غير.

---

[1] – قانون الموجبات والعقود اللبناني،

www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/.../ObligationsAndContractsLawAr.pdf

تاريخ زيارة الموقع 15 سبتمبر 2018.

[2] – محمد المنجى، دعوى بطلان العقود بسبب الإخلال بركن من أركان العقد، مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض، طبعة 1998 ص 298.

وقد قررت محكمة النقص المصرية في هذا الشأن أن قانون الولاية على المال حظرا على الوصي إجراء القسمة بغير الحصول على إذن من محكمة الحوال الشخصية، فإذا لم يصدر هذا الإذن امتنع الاحتجاج بعقد القسمة على القصر[1].

أما المشرع السوري فقد كان أكثر تشدد من التشريع الجزائري فيما يتعلق بحماية الفئات السالفة الذكر، فزيادة عن وجود الممثل القانوني واشتراط الإذن القضائي جعل المشرع السوري نفاذ القسمة موقوف على مصادقة القاضي بعد الاتفاق على القسمة[2].

تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الليبي وعلى خلاف التشريعات الأخرى يتميز في نظام الولاية على أموال القاصر بأحكام خاصة، فالولي يكون احد الوالدين أو من تعينه المحكمة وهذا ما نصت عليه المادة 44 من قانون تنظيم أحوال القاصرين:" تكون الولاية على المال للوالدين أيهما أصلح ثم لمن تعينه المحكمة. ويجوز للمحكمة أن لا تتقيد بهذا الترتيب إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك."

كما يميز المشرع الليبي بينما إذا كان الولي هو أحد الوالدين أم الغير في تولى أمور القاصر، إذ نص في المادة 45 من نفس القانون على أنه : "تصرفات الولي من الوالدين في أموال أولاده القصر تحمل على السداد إلا إذا ظهر خلاف ذلك" كما نص في المادة 49 من نفس القانون على أنه :"لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر تصرفا ناقلا للملكية أو منشئا عليه حقا عينيا إلا لضرورة أو مصلحة ظاهرة وبإذن المحكمة" ويضيف في المادة 50 " لا يجوز التصرف في المنقول من مال القاصر أو في الأوراق المالية إلا بإذن المحكمة."

بالتالي يستخلص أن المشرع الليبي يجعل من الإذن شرطا أساسيا لقسمة أموال القاصر إذا كان الولي هو أحد الوالدين أما إذا كان من الغير فيلزمه القانون بالحصول على الإذن لقسمة المال المشاع[3].

اشترط المشرع الفرنسي بدوره حضور الشريك المتقاسم للقسمة للتعبيرعن إرادته، وأن يكون متمتعا بالأهلية التي تخوله لذلك، وفي الحالة التي يكون فيها الشخص غائبا أو خارج الدولة للتعبير عن إرادته لاقتسام المال المشاع، تجري القسمة وفقا للشروط التي والأحكام التي حددها المشرع في المادة 116 من القانون المدني الفرنسي.

---

[1] – عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية للنشر، طبعة 1982، ص207.

[2] – محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2010، ص 141.

[3] – ابراهيم أبو النجا، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي، الطبعة الأولى لسنة 1997، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص115.

ويرى جانب من الفقه[1] أن القاعدة العامة إذا تخلف حضور أحد الشركاء بأن كان غائب او مفقود أو تخلفت أهليته كما لو كان قاصرا أو متمتعا بسن الرشد لكنه غير مؤهل لإبرام التصرفات تجرى القسمة عن طريق القضاء، ولكن الاستثناء أن تتم القسمة رضائيا بتوافر ثلاث شروط مجتمعة: قرارا مجلس العائلة او ترخيص القاضي للقاصر الخاضع لنظام الولاية، أن يتولى إجراء القسمة موثق لتصفية المال المشاع بتعيين من مجلس العائلة أو قاضي الولاية، إذن القاضي بالنسبة للشركاء الذي وضعوا تحت الرقابة القضائية [2] .

ووفقا للنصوص القانونية تكون تصفية المال المشاع موقوفة على موافقة قاضي الولاية، والقسمة يمكن في النهاية أن تتم قضائيا بموجب الأحكام المتضمنة في المواد من 840 إلى 842، وكل قسمة أخرى تعتبر بمثابة قسمة مؤقتة أو قسمة مهايأة[3]، كما يمكن للقاضي في جميع الأحوال وحتى تلقائيا أن ينهي مهمة الشخص الذي عينه لإجرائها ويعين في مقابل ذلك بديلا عنه[4]

والمشرع الفرنسي على غرار نظيره الجزائري لم ينص صراحة على إمكانية إجراء القسمة بحضور الوكيل الذي اختاره الشريك وتعاقد معه من أجل القسمة، وبالرجوع للقواعد العامة نجد أن القانون الفرنسي

---

[1] – PHILIPPE Malaurie, Les successions les libéralités, DEFENOIS de la publication 2[emme] édition, 2006, p 448.

[2]– Art. 836. c.civ.fr : " Si un indivisaire est présumé absent ou, par suite d'éloignement, se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un partage amiable peut intervenir dans les conditions prévues à l'article 116. De même, si un indivisaire fait l'objet d'un régime de protection, un partage amiable peut intervenir dans les conditions prévues aux titres X et XI du livre Ier."

[3] – Art.116. c.civ.fr : " Si le présumé absent est appelé à un partage, celui-ci peut être fait à l'amiable. En ce cas, le juge des tutelles autorise le partage, même partiel, et désigne, s'il y a lieu, un notaire pour y procéder, en présence du représentant du présumé absent ou de son remplaçant désigné conformément à l'article 115, si le représentant initial est lui-même intéressé au partage. L'état liquidatif est soumis à l'approbation du juge des tutelles. Le partage peut également être fait en justice conformément aux dispositions des articles 840 à 842. Tout autre partage est considéré comme provisionnel."

[4] – Art.115. c.civ.fr : " Le juge peut, à tout moment et même d'office, mettre fin à la mission de la personne ainsi désignée ; il peut également procéder à son remplacement. "

يسمح للشخص باختيار شخص آخر ليحل محله للقيام بما يتفق عليه الطرفان بما في ذلك قسمة المال المشاع[1].

وقد حدد القانون الفرنسي الأهلية القانونية بسن ثمانية عشر سنة كاملة لتأهل الشخص للقيام بالتصرفات القانونية[2]،ومتى بلغ هذا السن يكون أهلا لمباشرة حقوقه[3]، و تطرق إلى الحالة التي تتعارض فيها مصلحة القاصر مع مصلحة من يمثله قانونا، في إجراء من الاجراءات، ففي هذه الحالة يقوم قاضي الوصاية أو القاضي الناظر في النزاع تعيين شخص لإدارة أموال القاصر ويكلف كذلك بتمثيله[4].

وذهب غالبية فقهاء الشريعة الاسلامية[5] إلى ضرورة حضور الشركاء المتقاسمين في القسمة الرضائية هذا إن كانونا بالغين عاقلين، فإن لم يكونوا كذلك فمن يقوم مقامهم، وقد شددوا في حماية فئة من الأشخاص التي تجب حمايتهم وذلك حفاظا واحتياطا من امتداد العبث والتبديد لأموالهم.

واشترط الفقه الاسلامي في القاسم أن يكون عاقلا، لأن أهلية كل تصرف شرعي متوقف عليه، فلا تصح قسمة المجنون واشترطوا العدالة لأن القسمة وإن كانت اتفاقية إلا أنها من جنس عمل القضاة فلا بد من العدل فيها ومن الشروط كذلك أن يكون القاسم عالما بالمساحة والحساب، فالجاهل بشؤون القسمة قد

---

[1] – Art. 1984. c.civ.fr : " Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire."

.

[2] –Art. 388. c.civ.fr : " Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de
Dix-huit ans accomplis"

[3] – Art. 414. c.civ.fr : " La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est
capable d'exercer les droits dont il a la jouissance."

[4] –Art. 388. c.civ.fr : " Lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé
de le représenter."

[5] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص4743، علي خفيفي المرجع السابق، ص 87.

يظلم فيها، أما في ما يتعلق بقسمة الصبي المميز، فهي محل فقهي، إذ يرى الحنفية والشافعية والحنابلة اشتراط البلوغ، بينما الحنفية يجيزون قسمة الصبي العاقل بشرط ان يكون مؤذون من وليه[1].

وبالنسبة للمحجور عليه فهم يفرقون بين ما إذا كان له وصي أو ولي، فإذا كان الصغير والمحجور عليه لجنون أو سفه أو غيرهما خاضع لنظام الولاية، فيرى الفقهاء يجوز للولي أن يقتسم عنهم، فهي عند بعض الفقه الاسلامي كالبيع، سواء طلب القسمة أحد الشركاء أو الولي، وبالنسبة لهذا الأخير اشترط الفقهاء اذا كان هو من طلب القسمة أن يكون فيها مصلحة لمن هم تحت ولايته، أما اذا طلبها شريك من الشركاء فإنه يستجاب للقسمة وجوبا بغض النظر عن مصلحة المحجور عليه.

أما إذا كان المحجور عليه خاضع لنظام الوصاية فهذا محل فقهي، فيرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن للوصي أن يقسم عن الصغير إذا كانت له منفعة في ذلك، ومرجعهم أن في قسمة دفع للضرر الذي ينجم عن شركة الملك.

بينما يرى المالكية أنه لا يجوز للوصي أن يقسم مال الصغير إلا بإذن القاضي، ويأذن هذا الأخير بالقسمة إذا كانت هناك مصلحة للصغير[2]، هذا ما لم يكن الوصي أم الصغير فإذا كان كذلك فإنه يجوز للأم أن تقتسم عن صغيرها[3].

وأرى بأن ما ذهب إليه المالكية في عدم جواز قسمة مال المحجور عليه لصغر في السن أو جنون أو سفه أو غير ذلك إلا بإذن القاضي هو أقرب إلى الصواب، لأن القاضي هو أدرى بما ينفع المحجور لديه وله أن يستشعر مصلحة الصغير من القسمة من عدمها، فإذا شعر أن فيها مصلحة للمحجور عليه أذن بها، وإذا رأى أنها تضر بمصالحه أمكنه العدول بها إلى القسمة القضائية

أما بالنسبة للغائب فذهب غالبية الفقه إلى عدم جواز القسمة بغياب أحد الشركاء، كما أنه لا يجوز للأب أن يقتسم المال الذي يملكه ابنه البالغ الغائب، لأن القسمة الرضائية في نظرهم كالبيع فالبيع لا يتم إلا بالتراضي، أما إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإنه يجاب إليها، ويرفع الأمر للقاضي ليقوم هذا الأخير بدوره بتعيين وكيلا عن الغائب ليقبض حصته[4] .

---

[1] وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 4759.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، مرجع سابق، ص300.

[3] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4743.

[4] – أحمد فلاح عبد البخيت، مرجع سابق ، ص213.

وذهب بعض المالكية إلى أنه يجب انتظار عودة الغائب، حتى يقتسم المال برضاه، وذهب رأي آخر للحنفية إلى القول، أنه لا يقسم عن الغائب حتى ولو كانت غيبته بعيدة ما لم يعين وكيلا عنه[1].

يظهر من خلال ما تقدم أن رأي الغالبية من الفقه هو اقرب إلى الصواب لأنه يراعي مصلحة الغائب في أن اشترط الإذن من القاضي وتعيين شخص يستلم حصة الغائب لحين عودته، وراعى مصلحة الشركاء في حقهم طلب القسمة، ولا يجبرهم على البقاء في الشيوع بحجة أن أحدهم غائب للتعبير عن رغبته في القسمة.

ما يمكن أن نخلص له في هذا الفرع أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية والتشريع الفرنسي والفقه الاسلامي اتفقت في أحكام القسمة الاتفاقية في ضرورة حضورهم وتمتعهم بالأهلية القانونية بالرغم من التباين في الصياغة إلا أنها تفيد معنا واحدا، إذ اشترطت جميع الأنظمة إجماع الشركاء ورضاهم لاقتسام المال المشاع، واشترطت كذلك حضور الشركاء في القسمة أو من يقوم مقامهم إذا لم يكونوا مؤهلين قانونا للقيام بالقسمة .

ويترتب تخلف الرضا في عقد القسمة الاتفاقية وفقا للفقه القانوني بطلان القسمة بالنسبة لمن تخلف، واعتبر عقد القسمة نافذ في حق من وافق عليها، ولا يجوز التمسك بالبطلان للشريك الذي رضي بالقسمة بحجة عدم رضا الشريك الآخر، بينما رتب الفقه الاسلامي على تخلف الرضا بطلان القسمة .

وقد اتفق الفقه القانوني والفقه الإسلامي على اعتبار القسمة الاتفاقية عقد تنطبق عليه الأحكام العامة في العقود، ولكن الفقه الاسلامي توسع في الطبيعة القانونية للعقد فمنهم من اعتبره عقد بيع على أساس أن هناك تطابق للإرادة لاقتسام المال، وأن حقيقة ما يقع في القسمة إنما هو تبادل بين الشركاء، فانفراد شريك بجزء من المال يكون بتنازل الشركاء على حقهم في ذلك الجزء وفي مقابل ذلك تنازل الشريك على حقه في باقي الأجزاء وهذه هي حقيقة البيع، بينما ذهب فريق لاعتبار أن عقد القسمة هو إفراز محظ، لا سيما في القسمة التي لا تتجه فيها إرادة الشريك لاقتسام المال، وأن حقيقة البيع هو تبادل شيئين متكافئين وهو ما لا نجده في القسمة التي يكون مصدرها الميراث إذ يأخذ الذكر ضعف ما يحق للأنثى.

وقدساير التشريع الجزائري نظيره الفرنسي والفقه الإسلامي في ما يتعلق بتعيين شخص ينوب عن الشريك الغير مؤهل للقيام بالقسمة إما لجنون أو عته أو سفه أو غياب عن القسمة، غير أن الفقه الإسلامي فرق بين الخاضع لنظام الولاية والخاضع لنظام الوصاية كما سبق ذكره، وأعطى لكل حكمه وموقف المذاهب الفقهية منه، إذ يجب التشديد في حماية هذه الفئات والطريقة المثلى لتوفير هذه الحماية هي جعل

---

[1] – عبد الرحمان الضويني، مرجع سابق، ص302.

القسمة الاتفاقية موقوفة على إذن القاضي للفئات السالفة الذكر لأنه مخول قانونا لهذا الغرض ومن أجل حفظ مال هؤلاء من الضياع والتبديد والاستغلال، ولكن الاختلاف بين المشرع الجزائري والفرنسي يكمن في أهلية التصرف، فالمشرع الجزائري حددها بتسعة عشر كاملة بينما المشرع الفرنسي حددها بسن ثمانية عشر كاملة.

ويتفق المذهب المالكي مع ما نص عليه القانون الجزائري بخصوص الوصي الذي يجب أن يستأذن القاضي في القسمة لصالح من هو تحت وصايته[1].

انفرد التشريع الفرنسي والمصري بأحكام خاصة في القسمة الرضائية، وتتمثل في نوع من القسمة يسمى بقسمة التصفية، والذي يتم كما سلف ذكره في التصرف الذي يقوم به المورث في ممتلكاته واقتسامه مع ورثتهن والغاية من ذلك هوان المورث أدرى بأمواله وبمن له مصلحة في إدارتها واستغلالها بعد وفاته، وهذا التصرف لم يجزه المشرع صراحة والسبب هو أن أحكام الميراث مستمدة من الشريعة الاسلامية، والأنصبة محددة سلفا من الشارع جل جلاله، استحقاق الميراث يكون بعد الوفاة لا قبلها، ويعد تصرفا باطلا كل تصرف من المورث يشابهه، مهما كانت التسمية التي أطلقت عليه.

يستخلص كذلك أن المشرع الليبي يجعل من الإذن شرط أساسي لقسمة أموال القاصر إذا كان الولي هو أحد الوالدين أما إذا كان من الغير فيلزمه القانون بالحصول على الإذن لقسمة المال المشاع

كم لم تتطرق التشريعات القانونية المعاصرة إلى الوكالة في القسمة ورجوعا إلى القواعد العامة، يجوز للشريك في الشيوع ان يوكل شخص ليجري القسمة بدله، بشرط عدم تجاوز حدود الوكالة.

أجاز المشرع الجزائري قسمة المال المشاع رضاء بين الشركاء، ولو كان بينهم ناقص الأهلية، مع مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون والتي تتمثل في حصول الممثل القانوني على إذن من القاضي للقسمة، في حين نص المشرع في المادة 181 والذي نص على أنه في قسمة التركة إذا وجد ناقص الأهلية تجرى القسمة عن طريق القضاء، هذا التناقض يجب على المشرع أن يتداركه خلال التعديلات اللاحقة للقانون المدني، ليسهل المهمة على الأشخاص التطبيق السليم للقانون.

[1] – المادة 95 ق.أ.ج : "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88، 89، 90) من هذا القانون."

المطلب الثاني: شروط القسمة الاتفاقية المتعلقة بالمال المشاع وشكلها

بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالشركاء في القسمة الاتفاقية يجب توافر شروط أخرى متعلقة بمحل القسمة، ويتعلق الأمر بالمال محل القسمة وشكلها، هذا المال الذي سيقسم بين الشركاء لابد أن يستوفي مجموعة من الشروط، ولم ينص المشرع صراحة في المادة 723 من القانون المدني على ضرورة هذه الشروط ولكن يمكن استخلاصها من النصوص القانونية التي تنظم المال المشاع، وعلى اعتبار القسمة الاتفاقية عقد، فيجب أن يكون لها شكل محدد ليكون حجة للأطراف ويلجأ إليه للإثبات إن اقتضت الضرورة.

الفرع الأول: شروط القسمة الاتفاقية المتعلقة بالمال المشاع

يقصد بالمال المشاع العين المشتركة التي يتشارك الشركاء في ملكيتها والتي يريد الشركاء اقتسامها، فمن أركان القسمة المحل، فلا يتصور أن تكون هناك قسمة اتفاقية بين شركاء في الشيوع بدون أن يكون هناك مال محل للقسمة بينهم، إذ يشترط في المال المشاع أن يكون موجود أو قابل للوجود و أن يكون معين أو يقبل التعيين وإضافة إلى ذلك أن يكون مملوك للشركاء المتقاسمين، وأن يكون مشروعا وقابل التعامل فيه.

قبل التطرق إلى شروط القسمة المتعلقة بالمال محل القسمة، يجب التنويه إلى أن شروط المال المقسوم هي الشروط التي تشترط في المحل عموما وفقا للقواعد العامة في العقود، وبما أن القسمة الاتفاقية عقد فلا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في محل العقد وتطبيقها على عقد القسمة.

أولا: يجب أن يكون المال موجودا أو ممكن الوجود

يشترط في المال محل القسمة أن يكون موجودا وقت القسمة أو أن يكون قابلا للوجود، فمن غير المعقول أن يكون محل القسمة معدوما ويستحيل وجوده، فإذا ما كان مصدر الشيوع هو الاتفاق على إنشاء بناية على عقار لم تنشأ تلك البناية بعد وقرر الشركاء اقتسام المبنى قبل تشكله فذلك جائز، وهذا ما نستخلصه من المادة 92 والتي اجازت التعامل في شيء مستقبلي[1].

[1] –ق.م.ج المادة 92: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا.
غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الحوال المنصوص عليها في القانون."

والتعامل في الأشياء المستقبلية أجازه المشرع الفرنسي، إذ يجوز أن يكون محل الالتزام في العقود بوجه عام وفي عقد القسمة على وجه في المستقبل، ولكنه استثنى تنازل الأشخاص على أموالهم أو ميراث لم يستحق بعد، أي في الحالة التي يكون فيها المورث على قيد الحياة، ومنع كذلك أي اشتراط في للتعامل في تركة شخص على قيد الحياة ولو برضاه، إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون [1].

تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري أدرج لفظ "محققا " هو تزيّد في التشريع فالتعامل في شيء مستقبلي جائز ما لم يكن مستحيلا ولكنة قد لا يكون محققا في بعض العقود الاحتمالية كعقد التأمين مثلا، بالتالي يكفي أن يكون محل الالتزام مستقبليا، لذلك حسن ما فعله المشرع الفرنسي عند استغنائه على لفظ "محققا".

ولدى الفقه الاسلامي وجود المال وقت القسمة أو وصفه ضروري لتمامها، واعتبروا حضور المقسوم أمر بديهي فلا تقع القسمة إلا على شيء موجود، فقسمة المعدوم هي قسمة باطلة في نظر الحنفية[2]، أما في ما يتعلق بجواز قسمة مال ممكن الوجود مستقبلا انقسم الفقه بذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: ويعتقد هذا الرأي بضرورة حضور المال المقسوم وقت القسمة وتبريرهم في ذلك أن المال القابل للوجود قد يزول بالهلاك مثلا أو بغير ذلك، أو يتغير بالزيادة او النقصان إضافة إلى ذلك قد تحتاج عملية القسمة كيل أو ميزان او تغيير قيمة المال مما يجب وجود المال وقت القسمة

الرأي الثاني: وذهب هذا الرأي إلى القول بأنه لا يشترط وجود المال المشاع وقت القسمة بل يكفي أن يحضر وصفه، أي أن يتم تحديده تحديدا نافيا للجهالة وهو ما ذهب إليه المالكية والإباضية ، فيجوز عندهم قسمة الدار الغائبة على ما يوصف لها من عدد الغرف والمساحة، ويتم تحديد الحصص وفقا للوصف، فهم يعتبرون القسمة بيع ويجوز في البيع بوصف الشيء بشرط أن لا يكون المال معرضا للتغيير، هذا إذا كان الأمر يتعلق بعقار أما إذا كان المال منقول فيجب حضوره ومشاهدته لتتم القسمة[3]

---

[1] – Art. 1130. c.civ.fr : " Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi."

[2] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 4743.

[3] – عبد الرحمان الضويني، مرجع سابق، ص162.

ثانيا: يجب أن يكون المال معينا أو قابل للتعيين

يشترط في عقد القسمة أن يكون المال محل القسمة معينا أو قابلا للتعيين، ويختلف التعيين بين ما إذا كان المال معينا بالذات أو غير ذلك، فإذا كان المال معينا بالذات فيجب أو يوصف وصفا دقيقا نافيا للجهالة ويجب أن يذكر جميع أو صفاته الأساسية التي تميزه وإلا كان وقع الشركاء في غلط[1]، فإذا كان المال منزلا مثلا وجب تحديد موقعه الكامل ومشتملاته، أما إذا كان المال غير معين بالذات وجب تحديده بالجنس والنوع والمقدار كأن يكون المقسوم 100 قنطار من القمح الصلب من النوع الرفيع، هذا وقد اشترط المشرع الجزائري تحت طائلة البطلان على ضرورة تعيين محل العقد بوجع عام أن يتم تحديده تحديدا نافيا للجهالة بذكر جيع أوصافه وجودته ، وتطرق إلى الحالة التي لا يتفق فيها الأطراف على جودة المال بحيث يتعين على المدين أن يسلم الشيء متوسط الجودة[2].

وتطلب المشرع الفرنسي ضرورة تعيين الشيء محل العقد وتحديد صنفه و نوعه ، وأجاز بدوره على إمكانية أن يكون الشيء غير معين بشرط، على أ يكون قاب للتعيين[3].

وقد اشترط الفقه الاسلامي شرط العلم بالمقسوم، وأن يتم تعيينه تعيين دقيقا، حتى تكون القسمة عادلة ويكون كل شريك على بينة من نصيبه في المال المشاع، وهو ما ذهب إليه الإباضية والشافعية والحنابلة والزيدية، ويفرقون بين المال الذي فيه ربا أو الزيادة كالقمح مثلا فإذا كان بذورا لم تنبث بعد فلا تصح القسمة لأنه مجهول أما إذا نبث وظهر الزرع فيمكن قسمته، أما إذا كان المال مما لا ربا فيه كالقطن فتجوز قسمته بتراضي الشركاء لأنه مشاهد لدى الشركاء ويمكن إحصاؤه.

---

[1] – ق.م.ج المادة 82: "يكون الغلط جوهريا ، إذا بلغ من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرم العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشرط العقد ولحسن النية."

[2] – ق.م.ج المادة 94 : "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بالذات وجب ان يكون معين بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا ويكفي ان يكون المحل معينا بنوعه فقط، إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يكن تبيين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم الشيء من صنف متوسط."

[3] – Art. 1129. c.civ.fr : " Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. "

ثالثا: يجب أن يكون المال محل القسمة مملوكا للشركاء وقت القسمة

ينجم عن القسمة تخصيص الأجزاء للشركاء كل حسب حصته لذا يجب على المال محل القسمة أن يكون مملوكا لهم على الشيوع، وهذا الشرط لم ينص المشرع الجزائري صراحة عليه في المادة 723 ولكنه يستخلص من النصوص التي تنظم الملكية الشائعة، إذ من غير المنطقي أن يقتسم شركاء في الشيوع مالا لا يملكونه، ونص المشرع بهذا الصدد في المادة 713على ما يلي:" إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية، إذا لم يقم دليل على غير ذلك".

فيشترط إذا أن يكون المال مملوكا للشركاء للمتقاسمين وقت القسمة، فإذا لم يكن كذلك كانت القسمة باطلة، ومثال ذلك أن يكون مصدر الشيوع الميراث، ويقوم الشركاء باقتسام المال و مورثهم لايزال على قيد الحياة، في حين أن ملكية الميراث تنتقل للورثة بفعل الوفاة.

ولم ينص المشرع الفرنسي صراحة على هذا الشرط ولكنه يمكن أن يستخلص من المادة 816 السالفة الذكر، فالشركاء يقتسمون المال المشاع الذي يملكونه وقت القسمة، وتتم القسمة وفقا للطريقة التي يختارها الشركاء، وهذه القسمة وفق التشريع الفرنسي قد تشتمل على كل المال المشاع أو على جزء منه، وهو ما سكت عنه المشرع الجزائري، فتكون القسمة جزئية حينما يتفق الشركاء على قسمة جزء محدد من الملكية الشائعة بينهم، وتبقى الأموال الأخرى شائعة بينهم، أو أن تتم القسمة بالنسبة لبعض الشركاء ويبقى الشركاء المتبقين على الشيوع، والمثال في الصورة الأولى أن تشتمل الملكية الشائعة على عدة عقارات ويتفق الشركاء على إجراء قسمة ودية لعقار دون الآخرين، فينقضي الشيوع بالنسبة للعقار الذي تم اقتسامه ويبقى الشركاء على الشيوع بالنسبة للعقارات الأخرى، وهذا النوع من القسمة لا ينهي الملكية الشائعة تماما، إذ يبقي الشركاء يملكون على الشيوع لباقي الأجزاء، أما المثال في الصورة الثانية هو أن يتفق الشركاء بإجماعهم على تخصيص جزء مفرز من المال المشاع لشريك منهم، ويتم الأخذ بعين الاعتبار الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع، ففي هذه الحالة تنتهي حالة الشيوع بالنسبة للشريك الذي انفرد بجزء مفرز، أما بالنسبة لباقي الشركاء فتستمر حالة الشيوع عندهم[1].

القسمة الاتفاقية في نظر الفقه الاسلامي مبادلة وتمليك وحتى أنهم يشبهونها بالبيع فلا تجوز القسمة إذا لم يكن المال مملوكا للشركاء وقت القسمة، ولا يستثنى هذا الشرط بالنسبة للوكيل أو ولي

[1] – Art. 838. c.civ.fr : " Le partage amiable peut être total ou partiel. Il est partiel lorsqu'il laisse subsister l'indivision à l'égard de certains biens ou de certaines personnes."

القاصر أو المحجور عليه، لأن القسمة ليست له بل للوكيل أو المحجور عليه نفسه لأنه المالك، بينما الفضولي الذي لا يملك في الشيوع ولا ولاية له فلا تنفذ قسمته إلا بعد أن يجيزها المالك الحقيقي للمال، أو من ينوب عنه نيابة شرعية وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية فالقسمة بالنسبة لهم تقبل الإجازة[1].

إن المال المشاع وفقا للفقه الاسلامي قد يثبت في الأعيان كما يثبت في المنافع، ويثبت في بعض الحقوق كالدين، هذا الأخير الذي يعتبر مال واجب في الذمة ومثاله إذا توفي شخص وانتقل الدين بوفاته إلى ورثته المتعددين أصبحوا شركاء فيه لكل منهم سهم بقدر حصته في التركة، أو كما لو باع شخصان اثنان سلعة لآخر بثمن مؤجل، فإنه يثبت دين في ذمة المشترى ويكون لكل من البائعين حصة بقدر ما له في السلعة المباعة.

وعلى خلاف الفقه القانوني الذي يرى بعدم إجازة ان تكون الديون محلا للمال المشاع لأن لها وصف اعتباري لا يمكن أن نتصور القسمة فيها يرى الفقه الاسلامي جواز ذلك، ولا خلاف بين الفقهاء في جواز تقسيم الدين بعد القبض[2]، لأن المال بعد القبض يتحول من دين إلى مال عيني قابل للقسمة، أما إذا لم يقبض بعد فهنا اختلف الفقهاء إلى فريقين:

الاتجاه الأول: يرى الحنفية والشافعية[3] أنه لا تصح قسمة الدين في ذمم الغرماء على الإطلاق، فلو كان لشخصين دين مشترك لدى مدين أو أكثر، لا يجوز أن يتفقا على أن يختص كل منهما بدين معين، و لا يجوز لأحدهما إجبار الآخر قضائيا لاقتسام الدين، وهذا الموقف تبناه المالكية إذا كانت القسمة رضائية وكان هناك عدة مدينين أما إذا كان المدين شخص واحد فهم يجيزون القسمة.

وحجتهم في ذلك القسمة شرعت للانتفاع بالمال، والمنفعة في الدين غير موجودة لذلك يبطل تقسيم الدين قبل القبض، كما أن وصف الدين اعتباري في ذمة المدين، فإذا كان الشركاء دائنين بالاشتراك لعدة مدينين، واتفق الشركاء بعد القسمة على أن يختص كل شريك بدين معين لدى مدين ما، فإن ذلك لا يحقق المساواة بين الشركاء لأن ذمم المدينين تتفاوت كما أن الدين قد يهلك فيتضرر من وقع الهلاك في نصيبه، لذل يرجع هذا الرأي بضرورة إجراء القسمة بعد الوفاء.

[1] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4743، عبد الرحمان الضويني ، مرجع سابق، ص 156.
[2] – على خفيف، المرجع السابق، ص 13.
[3] – وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 4742.

الاتجاه الثاني: ويذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بصحة قسمة الدين قبل القبض أو الوفا، وهو ما ذهب إليه المالكية في قسمة التراضي إذا كان المدين واحدا ويرى الحنابلة أن القسمة إفراز يحق للشركاء إذا اتفقوا على القسمة أن يتم إجراؤها.

واستدل انصار هذا الرأي بان الغرض من القسمة هو تحديد وتخصيص جزء من المال لكل شريك سواء كان المال المشاع عينا أو دينا، ويكون حق الاقتسام للشركاء دون غيرهم إذا اتفقوا على ذلك ويقيسون القسمة النهائية على قسمة المنافع كونها تقتضي تقدم شريك في الانتفاع على لآخر وقد يقع وأن تهلك المنفعة عند وصلها في نصيب شريك معين، كم أن الدين في اعتقادهم يحل محل العين وتصح المعاوضة فيه[1].

ما يلاحظ أن المالكية لا يجيزون قسمة الدين قبل القبض بالتراضي إذ تعدد المدينون، ويسمحون بها إذا كان المدين واحد فهم يستبدون الغرر في القسمة، لأنه وحسب رأيهم أجازوا القسمة الرضائية لدين قبل القبض إذا تعدد المدينين يجعل لكل شريك احتمالين، إما أن يستوفي نصيبه من الدائن وإما أن يهلك الدين ويتضرر الشريك من القسمة، فتحليلهم أقرب إلى الصواب فهم يرون بضرورة المساواة في القسمة[2].

رابعا: يجب أن يكون المال المشاع قابلا للقسمة

وهو شرط بديهي لتمام القسمة فبالرغم من أن المشرع الجزائري أجاز للشركاء في القسمة الاتفاقية قسمة المال الشماع وفقا للطريقة التي يرونها، ولكن هذه الطريقة تخضع لقيد وهو قابلية المال للقسمة، إذا نص في المادة 728 من القانون المدني على اللجوء إلى طريقة أخرى للقسمة بسبب استحالة قسمة المال المشاع عينا، أو كان من شان القسمة ان تحدث نقص كبير في القيمة المادية للمال، ألا وهي قسمة التصفية، إذ يتم بيع المال المشاعب المزاد العلني وفقا لشروط ومراحل سآتي على ذكرها بالتفصيل في الباب الثاني حين التطرق إلى كيفية إجراء القسمة النهائية والآثار المترتبة عنها[3]، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المصري[4].

---

[1] – علي الخفيف، المرجع السابق، ص 28.

[2] – عبد الرحمان الضويني ، نفس المرجع، ص 87.

[3] – ق.م.ج المادة728: "إذا تعذرت القسمة او كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع."

[4] – عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية للنشر طبعة 1982، ص216.

فقد تطلب المشرع المصري إتباع طريقة المزايدة على المال المشاع في حالة ما إذا كانت القسمة تسبب ضرر للشركاء في الشيوع إذ نص في المادة 841 من القانون المدني على انه : " إذا لم تمكن القسمة عينا، او كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع المراد قسمته بيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع"[1].

فتستحيل القسمة إذا كان المال بطبيعته لا يقبل الانقسام، كما لو تعلق الأمر بسيارة أو فرس، ففي هذه الحالة لا يمكن قسمة المال، وقد تكون القسمة ممكنة، ولكن ينتج عنها نقص كبير في قيمة المال المشاع، كما لو تعلق الأمر بقطعة أرضية مملوكة على الشيوع وعدد الشركاء كبير لدرجة أن القسمة للعينية لهذه القطعة لا تفيد أي شريك إذا انفرد بجزء خاص منه، بل ويترتب عنها نقص كبير في قيمة المال المشاع ما يدفع إلى اللجوء إلى طريقة اخرى للقسمة ألا وهي قسمة التصفية والتي سأتطرق إلها في الباب الثاني حين التطرق إلى كيفية إجراء قسمة المال المشاع.

و في مقابل ذلك لا يجوز للشريك أن يتمسك ببيع العقار المملوك على الشيوع، إذا تبين أنه قابل للقسمة دون أن يلحق ضررا بأحد الشركاء و انقاص من قيمته، وهذا ما رسمته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2000/09/27 ملف رقم 201854، حيث أيدت المحكمة العليا قرار قضاة المجلس بصحة القسمة، وأنه لا حاجة للجوء إلى المزاد العلني طالما أن القسمة لم تسبب انخفاض في قيمة العقار المشاع[2].

وشرط قابلية المال المشاع للقسمة شرط تطلبه الفقه الإسلامي، فلا تجوز قسمة الدابة، واللؤلؤة، فهذا يمنع الشركاء من اقتسام المال رضاء أو قضاء، وتبريرهم في ذلك ان القسمة في هذه الصورة تؤدي إلى تلف وفساد المال دون الانتفاع به، وفي نظرهم يجب عدم إجراء القسمة كذلك إذا ترتب عنها ضرر خالص، والذي ينجم عنه سلب الانتفاع بالمال، فهو فساد للمال لا يقبلها العقل والدين.

وقد فصّل الفقه الاسلامي في ما يتعلق باستحالة القسمة ونقص قيمة المال المشاع وانعدام منفعته، إذا ترتب عنها ضرر وذلك بمنع إجرائها عينا، وتخيير الشركاء بين إبقاء العين مشاعة بين الشركاء والانتفاع بها مهايأة، وإما بيعها واقتسام ثمنها، وقد سبق وأن فصلت في هذا الموقف في الفرع الأول من المطلب الأول عندما تطرقت إلى شروط القسمة الاتفاقية .

---

[1] – على محمد علي قاسم، بيع المزايدة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2014، ص211.

[2] – الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم الوثائق طبعة 2004، ص274.

المبدأ: مادام ان العقار المشترك قابل للقسمة دون ان يترتب عنها انخفاض في قيمته فيكون تمسك الطاعن ببيع العقار بالمزاد العلني غير صائب.

وقدساير المشرع الفرنسي نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في ضرورة الامتناع عن إجراء القسمة الرضائية إذا كانت تسبب ضررا كبيرا[1]، أو أنه يصعب إجراؤها إما لطبيعة المال الغير القابل للقسمة أو بالنظر لعدد الشركاء، ففي هذه الحالة يباع المال بالمزاد العلني، ويتم اقتسام الثمن بين الشركاء ويأخذ كل شريك بقدر حصته.

ما يستخلص في هذا الجزء أن الحل الذي منحه المشرع الجزائري والفرنسي على غرار نظيره المصري حل منطقي، إذ يجب بيع الأموال المشاعة بالمزاد العلني واستيفاء الثمن بل قسمة الأموال عينا، والتي ينجم عنها ضرر أو انها تجعل من العسير الانتفاع بالمال المشاع بعد القسمة، كما أن المشرع الجزائري يسعى دائما لتوحيد الملكية وجعلها في يد شخص واحد لسهل التعامل معه خاصة في العقارات، ومن امثلة ذلك ما تضمنه المشرع في المادة 721 من القانون المدني[2] والذي نص على حق الشريك في الشيوع استرداد الحصة التي باعها شريكه لأجنبي، وما نص عليه كذلك في المادة 795 من نفس القانون على حق الشفعة للشريك إذا بيعت حصة من المال المشاع لأجنبي عن الشركاء[3]، وتقييد حق القسمة بنصوص وإجراءات منها شهادة التجزئة التي سآتي على ذكرها في قيود القسمة.

فالقسمة حق مقرر للشريك ولكن ليس على حساب وحدة المال الذي قرر المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي حلا وسطا، فهو يقر للشريك الحق في اقتسام المال، ويحافظ على وحدة المال اذا نجم عن القسمة انقاص من قيمة المال أو صعوبة إجراء القسمة، لذى يرجح بيع المال مزايدة ونقل ملكية المال المشاع إلى شخص واحد، وهو الذي يرسوا عليه المزاد سواء كان من الشركاء أو أجنبي عنهم.

---

[1] -Art. 1686. c.civ.fr : " Si une chose commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte Ou si, dans un partage fait de gré à gré de biens communs, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre, La vente s'en fait aux enchères, et le prix en est partagé entre les copropriétaires."

[2] - المادة 721 ق.م.ج : " للشريك في المنقول الشائع أو في مجموع المال المنقول أو العقار، أن يسترد الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

وإذا تعدد المستردون، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته."

[3] - المادة 795 ق.م.ج : " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة، إذا بيع كل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
- للشريك في الشيوع، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي،
- لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت الرقبة كلها او بعضها."

وسبقت الشريعة الاسلامية التشريع القانوني في استبعاد إجراء القسمة رضاء أو قضاء إذا كان من شأنها إحداث ضرر، أو إنقاص في قيمة المال المشاع، فالشرع الاسلامي يحرم التبديد والضياع، إذ يضع المالكية للشركاء في الشيوع إما خيار البقاء في الشيوع والانتفاع به، وإما بيعه واقتسام الثمن، وهو لا يشترطون موافقة جميع الشركاء لبيع المال بالمزاد طالما كانت القسمة العينية مستحيلة.

الفرع الثاني : شكل القسمة الاتفاقية للمال المشاع

القسمة الاتفاقية عقد يثبت بموجبه الشركاء اقتسام المال الذي كان مشاعا بينهم لذا لابد من إضفاء الصبغة الرسمية على عقد القسمة و مسايرة الاجراءات التي يفرضها القانون خاصة القسمة التي تتضمن عقارات، إذ نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 324 مكرر1 على ما يلي: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية، في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد....".

فالمشرع يجبر الشركاء على إضفاء الصبغة الرسمية على القسمة الاتفاقية خاصة التي تشتمل على عقار، هذا الشكل الرسمي حدده المشرع في نفس القانون، هذا الشكل يجعل عقد القسمة حجة لما في مضمونه[1]، لأنه يبث في تحويل الحصص المعنوية إلى أجزاء مادية، ونظرا لقيمة العقار المادية والمعنوية كان لا بد من أن يرسم المشرع شكل محدد للقسمة.

وخولت مهمة تحرير عقد القسمة الاتفاقية للموثق كونه الشخص المؤهل قانونا لإبرام هذا النوع من العقود[2]، وإضافة إلى الرسمية في عقد القسمة نص المشرع إلى وجوب مراعاة أحكام الشهر العقاري[3] بالنسبة للقسمة التي تتعلق بعقار، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد المسح العام و تأسيس السجل العقاري على ما يلي:

"كل حق ملكية و كل حق عيني آخر متعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ نشره في مجموعة البطاقات العقارية[4]."

---

[1] – ق.م.ج المادة 324:" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."

[2] – القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق جريدة رسمية عدد 14 صادرة في 2006/03/08. المادة 03: " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط القانون فيها الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة."

[3] – الشهر العقاري نظام قانوني، له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات. عن هذا التعريف أنظر كتاب حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة للنشر طبعة 2015،ص 170.

[4] –الأمر رقم 74/75 مؤرخ في 1975/11/12 المتضمن اعداد المسح العام و تأسيس السجل العقاري ج ر عدد 92 صادرة في 18 نوفمبر 1975، المادة 15.

بالتالي فإن عقد القسمة وفقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 15 السالفة الذكر لاوجود له إلا من تاريخ نشره في البطاقة العقارية، فلا بد من شهر العقد على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا، ويترتب على ذلك أن لكل شريك حجة على تملكه للجزء الذي آل اليه بطريق القسمة[1].

وذهب جانب من الفقه[2] بأن المشرع الجزائري في المادة 723 من القانون المدني منح الشركاء حرية في اختيار كيفية القسمة إذا انعقد إجماعهم، وإذا وجد بينهم من هو ناقص الأهلية أوجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون، هذه الاجراءات التي نص عليها المشرع في هذه المادة وفقا لهذا الفقه هي إجراءات الشهر العقاري، وهذا غير صحيح، إذ أن الإجراءات التي قصدها المشرع في المادة 723 من القانون المدني هي إجراءات حماية الفئات التي تجب حمايتها في القسمة الاتفاقية وهو ناقص الأهلية والتي تتمثل في ضرورة الحصول على إذن من القاضي المختص وإجازة إجراء القسمة للمقدم أو الوصي أو الولي حسب الحالة.

فالمشرع الجزائري لم ينص على إجراءات الشهر العقاري في المادة723 فقط، بل في نصوص أخرى منها المادة 793[3]، والمادة 15 من الأمر 7474/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد المسح العام وتأسيس السجل العقاري.

كما نص المشرع في المادة 16 من الأمر السالف الذكر على أن : " العقود الادارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل او تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموع البطاقات العقارية."

بالتالي فالاتفاق الذي يرمي إلى قسمة المال المشاع ويتحدد بموجبه الجزء الذي ينفرد به كل شريك، لا حجة له بين الشركاء والغير إلا من تاريخ نشره في مجموع البطاقات العقارية[4]، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 231832 المؤرخ في2002/06/18، وذلك حينما رفع طعن بشأن ورثة من أجل قسمة التركة التي أجريت بعقد عرفي وهو ما دفع به البعض بعدم مراعاة الشكل الرسمي لإبرام العقود التي ينص القانون صراحة على إعطائها الشكل الرسمي، وأيد المجلس القضائي لقالمة الحكم محل الاستئناف وأمر بقسمة التركة واستبعد الوثيقة المقدمة المتمثلة في قسمة ودية بعقد عرفي، وأجابت

[1] – فردي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العقاري، جامعة منتوري قسنطينة، لسنة 2008، ص 78.

[2] – أحمد خالدي، مرجع سابق، ص53.

[3] – ق.م.ج المادة 793:" لا تنتقل الملكية والحقوق العينية في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

[4] – هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر للتوزيع، الطبعة الأولى2010، صفحة44.

المحكمة العليا في قرارها أن استبعاد الوثيقة أو السند العرفي للقسمة لعدم شهرها وفقا للمادة 16 من الأمر 74/75هو التطبيق السليم للقانون[1].

فلابد من مراعاة إجراءات القسمة خاصة المتعلقة منها بالشكلية والشهر ويترتب على عدم مواكبة الإجراءات التي رسمها المشرع لتمام القسمة النهائية، أن يتحول وصف القسمة من نهائي إلى مؤقت وتعتبر بمثابة قسمة مهايأة والتي لها أحكام خاصة ويبقى خلالها الشركاء ملاك على الشيوع وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 198689 المؤرخ بتاريخ 2000/05/31 واعتبر قضاة المحكمة العليا أن قضاة الموضوع لما حكموا برفض الدعوى الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية بين الشركاء قد أساؤوا تطبيق القانون، وأن المقرر قانونا ان القسمة التي يكون الهدف منها إزالة الشيوع لابد من مراعاة إجراءاتها المتعلقة بالشكل والشهر، وهو ما لم يقم به المدعى عليهم في قضية الحالة بالتالي قررت المحكمة العليا اعتبار القسمة التي أجريت هي قسمة مهايأة وأن الشركاء لايزالون ملاك في الشيوع إلى حين إجراء القسمة النهائية وفقا للشكل الذي حدده القانون[2].

وكون القسمة عقد من العقود اشترط المشرع فيه الرسمية سيما في الأموال العقارية، فيجب مراعات الشروط الشكلية وإجراءات الشهر التي رسمها القانون[3]، ولا يجوز للقضاء أن يصادق على عقد القسمة على أساس أن هناك اتفاق مسبق بين الأطراف، وما تبقى على القضاء سوى المصادقة عليه، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2002/04/24 ملف رقم 229161، بضرورة احترام الاجراءات الرسمية، وقيام المجلس القضائي بالمصادقة على المحرر العرفي للقسمة يعتبر خرقا للقانون[4].

[1] – الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، المرجع السابق، ص265.

المبدأ: من المقرر أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل او تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتي بين الطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

ومن ثم فإن استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من الطاعنين لعدم شهرها والأمر بإجراء قسمة التركة يعد تطبيقا سليما للقانون.

[2] – الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، نفس المرجع، ص 283.

المبدأ : من المقرر ان القسمة التي لم تراع الاجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهايأة تخص الانتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوع.

وحيث أنه لما ثبت في قضية الحال ان قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية أساؤوا تطبيق المادتين 732 و733 من القانون المدني.

[3] – براهمي سامية، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، سنة 2008، ص 49.

[4] – الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، نفس المرجع، ص269.

كما ألزم قانون التسجيل الشركاء في المال المشاع، بالنسبة لحالة الميراث كمصدر للشيوع بتصريح مفصل عن التركة التي بقيت بعد موت الهالك طبقا لأحكام المادة 171 من قانون التسجيل[1]، ويحق لمفتش التسجيل المطالبة بحقوق نقل الملكية، ولا يشترط أن يعلم المفتش بحالة الوفاة من الشركاء، إذ أن الاعلام بحالة الوفاة يتم عن طريق رئيس المجلس الشعبي البلدي بواسطة كشف إرسال محرر من نسختين يرسل خلال العشرة أيام الأولى من كل شهر[2].

إن ضرورة استكمال الاجراءات لتمام القسمة الاتفاقية شرط لم يشترطه المشرع الجزائري فحسب بل تطلبه القانون الأردني الذي ألزم المتقاسمين التوجه إلى الموظف بدائرة التسجيل لإقرار صحة القسمة طبقا لأحكام المادتين 4 فقرة2 والمادة 7 فقرة 1 من قانون تقسيم الموال غير المنقولة المشتركة رقم48 لسنة 1953، أما إذا كان العقار متمركز في منطقة تمت فيها التسوية فإن إجراء القسمة لا يكون صحيحا إلا إذا تم تسجيله في دائرة التسجيل[3].

كما اشترط المشرع المصري ضرورة تسجيل عقد القسمة الاتفاقية إذا اشتمل على عقار وذلك طبقا للمادة 10 من القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بالشهر العقاري، وذلك ليكون عقد القسمة حجة على الغير، أما إذا لم يسجل عقد القسمة فيبقى حجة على أطرافه لا على الغير[4].

فبمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر الشريك المتقاسم على غرار باقي الشركاء مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه، ولكن لا يحتج بالجزء المفرز إزاء الغير إلا إذا تم تسجيل عقد القسمة لدى مصلحة الشهر العقاري وفقا للمادة 10 من قانون الشهر العقاري، ويقصد بالغير كل من تلقى حقا عينيا على المال المشاع سيما إذا اشتمل على عقار، ولا يعتبر الشريك في الشيوع من الغير إذا تلقى من الشركاء حقا مفرزا ولو قام بتسجيله قبل تسجيل عقد القسمة، إذ إن الحق في الجزء المفرز يتوقف على مصير

المبدأ: القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 هو قضاء مخالف للقانون ما دام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن تكون في الشكل الرسمي.

[1] – الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976، المتضمن قانون التسجيل المعدل، المادة 171 :" إن الورثة أو الموصى لهم وأوصيائهم يجب عليهم أن يقدموا تصريحا مفصلا يوقعونه على استمارة مطبوعة تقدمها إدارة الضرائب مجانا.

غير انه، فيما يخص العقارات التي توجد في دائرة مكاتب أخرى غير المكتب الذي قدم فيه التصريح، فإن العيين والشمول والمساحة وكذلك القيمة يكون مفصلا بصفة متميزة بالنسبة لكل مكتب توجد في نطاقه هذه الأملاك، على استمارة تقدمها إدارة الضرائب ، ويوقعها المصرح."

[2] – مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2010، ص117.

[3] – أحمد فلاح عبد البخيت، مرجع سابق، ص235.

[4] – محمد عبد الرحمان الضويني، مرجع سابق، ص319.

ونتيجة القسمة النهائية وفقا لأحكام المادة 2/826 من القانون المدني المصري، ويجوز للغير أن يتمسك بالقسمة غير المسجلة اتجاه الشركاء، فعدم جواز احتجاج الشركاء بالقسمة غير المسجلة على الغير لا يمنع من جواز احتجاج الغير عليهم إذا ثبت حقه على المال المشاع[1].

وقد نص المشرع الفرنسي صراحة في نفس المادة 835 التي تطرقت للقسمة الاتفاقية للمال المشاع على وجوب إفراغ عقد القسمة في قالب رسمي أمام الموثق إذا تعلق الأمر بأموال اشترط القانون اخضاعها للشهر العقاري، على خلاف نظيره الجزائري الذي تطرق للشهر العقاري في مواد قانونية أخرى من القانون المدني وفي نصوص أخرى متفرقة[2].

ما نستخلصه أنه يشترط لتمام عقد القسمة أن يستوفي شروطه الشكلية والمتمثلة في الكتابة خاصة منها الرسمية إذا تعلق الأمر بعقار، وأن يتم شهر عقد القسمة كما سلف بيانه ليرتب آثاره القانونية وليكون حجة للشركاء وعلى الغير لإثبات تصرفهم القانوني، وشرط الشكلية شرط تطلبه المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري والفرنسي والأردني

لوضع أسس وضوابط للشركاء في الشيوع والغير[3].

ما يلاحظ أن في جميع التصرفات بما في ذلك القسمة، نجد جميع التشريعات تشدد في حماية التصرفات المتعلقة بالعقار، قد يكون ذلك نظرا لقيمة العقار المادية والمعنوية في الوقت الحالي، ولكن الشيوع قد يكون في العقارات كما في المنقولات، كما يعد مالا الجانب المادي في الحقوق الذهنية كحق المؤلف في استغلال مصنفه، وحق المخترع، هذه الحقوق لها جانب مالي ويمكنها أن تكون محلا للملكية الشائعة، والتي تقدر قيمتها في بعض الدول بمبالغ ضخمة[4].

ما نستخلصه في هذا الفرع أنه يتفق التشريع القانوني المعاصر مع ما جاء به الفقه الاسلامي، في ما يتعلق بالشروط المتعلقة بالمال المشاع، فيجب أن يكون موجودا أو قابل للوجود، كما يجب أن يكون معين أو قابل للتعيين، وأهم شرط أن يكون المال المشاع يقبل القسمة بين الشركاء من غير ضرر.

---

[1] – عدلي أمير خالد، أحكام وإجراءات شهر الملكية العقارية، دار الفكر الجامعي للنشر، طبعة 2013، ص203.

[2] –Art. 835. c.civ.fr " Si tous les indivisaires sont présents et capables, le partage peut intervenir dans la forme et selon les modalités choisies par les parties. Lorsque l'indivision porte sur des biens soumis à la publicité foncière, l'acte de partage est passé par acte notarié."

[3] – بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال ، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2005، ص 40.

[4] – جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2000،ص 18.

اشترط الفقه الاسلامي أن يكون المال المشاع موجود وقت القسمة وسايره في ذلك المشرع الجزائري، أما إذا كان قابل للوجود وفقا للتشريع الجزائري يجوز ذلك، ولكن وفق الفقه الاسلامي هو محل جدال، يرى البعض ضرورة حضور المقسوم وقت القسمة، والبعض الآخر اكتفى بحضور وصفه ومكوناته الرئيسية كالدار التي لم تنجز بعد.

لم يجز القانون الجزائري القسمة التي يتضرر منها أحد الشركاء، ونص صراحة إلى اللجوء إلى قسمة التصفية وذلك للحفاظ على وحدة المال الذي يستحيل قسمته، ومن جهة أخرى تجنيب الشركاء من إجراء القسمة التي لا ينتفع فيها الشريك بالجزء الذي آل إليه، بينما أجاز بعض الفقه الاسلامي القسمة ولو ترتب عنها ضرر لبعض الشركاء.

كما أجاز الفقه الاسلامي قسمة الدين الذي قبض لأنه يدخل في الملك بالتالي يجوز قسمته، أما إذا لم يقبض بعد فهو محل اختلاف بينهم، منهم من يرى جواز ذلك، ومنهم من لم يجز قسمة الدين قبل القبض.

وما نخلص له في هذا المطلب أن عقد القسمة من العقود الملزمة، فإذا اتفق الشركاء على اقتسام المال المشاع بطريقة يختاروها يكون ملزمين بما اتفقوا عليه وهو موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بالعقود عامة[1]، بل وذهب البعض من الفقه وحتى القضاء المصري لاعتبار موافقة البعض على القسمة دون البعض الآخر لا يجعلها باطلة، بل تبقى ملزمة بالنسبة لمن ارتضى بها، ولا يمكن في مقابل ذلك إجبار سائر الشركاء على الموافقة عليها إذا لم يكونوا طرفا في العقد، بل واعتبر القضاء الجزائري القسمة التي يتخلف بعض الشركاء عنها قسمة باطلة.

جعل المشرع الجزائري للشركاء الخيار في كيفية إجراء القسمة، لكنه لم ينص صراحة إذا ما كانت القسمة كلية أو جزئية، واكتفى بالإشارة إلى إمكانية أن تكون القسمة جزئية حينما تطرق إلى مهام الخبير في القسمة[2]، على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص صراحة على إمكانية إجراء القسمة الجزئية التي تكون باستبعاد بعض الشركاء أو بعض المال المشاع من القسمة، وأن تكون القسمة كلية، وتتحقق إذا اشتملت على كل المال المشاع ذلك بموافقة الشركاء[3]

---

[1] – المادة 106 ق.م.ج: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون."

[2] – المادة 725:" يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب، حتى ولو كانت القسمة جزئية."

[3] – Art. 838. c.civ.fr : " Le partage amiable peut être total ou partiel. Il est partiel lorsqu'il laisse subsister l'indivision à l'égard de certains biens ou de certaines personnes."

وليكون عقد القسمة ملزما لا بد أن ينشأ صحيحا بكل جوانبه الموضوعية والشكلية، فالقسمة قبل كل شيء عقد لابد لصحته توافر الشروط العامة للعقد التي تطلبها القانون وهي الأهلية والرضا والمحل والسبب[1]، في مقدمة الشروط الموضوعية الأهلية والتي تتمثل في أهلية التصرف وهي بلوغ السن القانونية والتمتع بالملكات العقلية لإبرام التصرفات، وفي الحالة المخالفة ينوب عنه ممثله القانوني أو الذي تعينه المحكمة بناء على طلب من له مصلحة أو النيابة العامة، والتراضي الذي يجب ان يكون خاليا من العيوب وإلا كان محلا للطعن، ومحل القسمة المتمثل في المال الذي يشترط فيه جملة من الشروط أولها أن يكون موجود أو قابل للوجود وأن يكون قابل للقسمة و معينا أو قابل للتعيين، وأن يكون مملوكا للشركاء وقت القسمة.

ويضيف المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات إجماع الشركاء على القسمة، أما إذا تخلف عنها أحد الشركاء فتكون القسمة وفقا للفقه القانوني ملزمة بالنسبة لمن وقعها وقابلة للطعن من طرف باقي الشركاء، أما وفقا للفقه الإسلامي فهي باطلة، وفي حالة ما إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية أو عديما لها ينوب عنه من يمثله قانونا بعد استئذان القضاء لإجراء القسمة، ويشترط في القسمة إفراغها في شكل معين إذا تعلق الأمر بعقار، بل وشهرها في مجموع البطاقات العقارية ليتكون حجة وليعلم بها الغير، أما سبب القسمة هو إزالة الملكية الشائعة إذا كانت القسمة نهائية، والانتفاع بها إذا كانت القسمة مؤقتة.

---

[1] – Pierre Voirin –Gilles Goubeaux, ,op.cit, p253.

المبحث الثاني: اختلاف الشركاء في قسمة المال المشاع

إن الحق في قسمة المال المشاع مكفول بموجب القانون فلا يمكن إجبار أي شريك في الشيوع على البقاء فيه ولو باللجوء إلى القضاء، مالم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بناء على عقد وقعه أو بموجب القانون، إذ يقوم الشريك بعرض رغبته في اقتسام المال المشاع على باقي الشركاء، فقد يحصل الاتفاق على القسمة بينهم وفقا للطريقة التي يختارونها، وتتم القسمة وفقا للشروط السالفة الذكر في القسمة الاتفاقية اما إذ لم يتم الاتفاق على القسمة فعلى من يريد قسمة المال أن يلجأ إلى القضاء، ليتولى هذا الاخير عملية إجراء القسمة إن أمكن ذلك[1].

إذ نص المشرع في المادة 1/724 من القانون المدني الجزائري : " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع ان يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة."

ويشترط في طلب القسمة من القضاء أن يستوفي طالب القسمة الشروط العامة المشترطة في رفع دعوى القسمة، فلا تقبل دعوى قسمة المال المشاع إذا لم تتوفر في المدعي وفي الدعوى مجموعة من الشروط حددها المشرع في القانون المدني و قانون الاجراءات المدنية والادارية، ويستند القضاء بدوره بأهل الاختصاص في مساعدته على تقسم المال المشاع حسب حصة كل شريك.

المطلب الأول: اللجوء للقضاء لقسمة المال المشاع

قد لا يحصل الاتفاق على إجراء القسمة الاتفاقية، أو أنه رغم إجماع الشركاء واتفاقهم على مبدأ القسمة إلا أن طريقة القسمة لم تكن محل ترحاب من طرف بعض الشركاء، وقد يرفض القاضي منح الإذن للولي أو الوصي أو المقدم لإجراء القسمة، ففي هذه الحالة يكون الحل باللجوء إلى القضاء الذي يصدر أحكام طبقا لما يقتضيه القانون[2].

وقد حدد المشرع شروط وإجراءات للوصول إلى القضاء بهدف قمة المال المشاع، والتي تتمثل أساس في شروط موضوعية وأخرى شكلية، والتي لابد أن تتوفر في الشريك في الشيوع رافع دعوى القسمة وفي

---

[1] – أنور طلبة، مرجع سابق، ص157.

[2] – القانون 11/04 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المادة 8: " يجب على القاضي أن يصدر أحكامه طبقا لمبادئ الشرعية والمساواة، ولا يخضع في ذلك إلا للقانون، وأن يحرص على حماية المصلحة العليا للمجتمع."

شكلها، والتي تستمد من نص المادة 724 السالفة الذكر ومواد من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، وشروط أخرى تتعلق بشكل إجراءات رفع الدعوى.

وتعرف الدعوى بوجه عام أنه الطلب الذي يرفع للقضاء لاستصدار حكم، يقضي بتقرير حق أو حمايته، والطلب هو العمل الإجرائي القانوني الذي يبديه شخص أمام القضاء، وفحواه ادعاء شخص اتجاه شخص آخر أو أكثر، للحصول على حكم، ويسمى من تقدم بالطلب المدعي، والخصم الذي وجه إليه الادعاء المدعى عليه[1].

أما دعوى قسمة المال المشاع فتعرف على أنها الدعوى التي يتولى فيها القضاء إجراء قسمة لمال مشاع بين شركاء في الشيوع، والذين لم يتفقوا على إجراء القسمة وديا، وذلك بناء على حكم يصدر من المحكمة بعد الفصل في طلب أحد الشركاء لإجرائها.

وتعرف كذلك أنها القسمة الجبرية التي يجريها القاضي، بعد الاستجابة لطلب أحد المقسوم لهم في المال المشاع المشترك بين الشركاء في الشيوع، بعد استيفاء شروط وإجراءات رسمها القانون[2].

والقسمة القضائية وفقا لبعض الفقه يلجأ اليها في حالة تعسر الحصول على موافقة الشركاء بالإجماع للقيام بالقسمة، هذا النصيب المشترط في القسمة الاتفاقية لابد منه وإلا لا تتم القسمة الاتفاقية، ويتم اللجوء إلى القسمة القضائية كذلك في إحدى الحالات الثلاث:

- في حالة عدم قيام الشركاء بإبداء أية رغبة وشروع أو موافقة على مبدأ الحق في القسمة بذاته، أو إجرائها وجعلها واقعا ملموسا، ويكون في هذه الحالة الشركاء رافضين لمبدأ القسمة أساسا.

- إذا كان بين الورثة ناقص الأهلية، وبالغ خاضع لنظام الوصاية، ففي هذه الحالة لا تؤخذ بعين الاعتبار ارادة هذه الفئات لأن القضاء سيتولى بنفسه كيفية إجراء القسمة.

- وفي الحالة التي يكون فيها كل الورثة غائبين عن القسمة شخصيا أو من طرف وكلائهم[3].

والدعوى وفقا للتشريع الفرنسي حق مقرر لصاحب الحق للادعاء به أمام القضاء، ليفل فيه القاضي إما بصحة الادعاء او غير ذلك، وبالنسبة للخصم هي الحق في مناقشة الشيء موضوع الدعوى[4].

---

[1] – زايد أحمد رجب البشبيشي، احكام القسمة القضائية وآثارها في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2015، ص70.

[2] – زايد أحمد رجب البشبيشي، نفس المرجع، ص85.

[3] – Pierre Voirin –Gilles Goubeaux ,op.st, p253.

[4] – Art. 30. C.p.civ.fr : " L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention."

ويتم اللجوء إلى القسمة القضائية وفقا للتشريع الجزائري زيادة على اختلاف الشركاء أو عدم تحصلهم على الإذن القضائي متى تطلب القانون ذلك، قسمة التركة إذا كان بين الشركاء من هو قاصر، إذ رغم تنوع مصادر الشيوع إلا أن الميراث من المصادر الغالبة فيه، المادة 181 ق.أ.ج : " يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و 173) من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة، وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لرفع دعوى القسمة

أولا: تباين مواقف الشركاء حول القسمة

أول ما يستخلص من نص المادة 1/724 السالفة الذكر أنه يشترط لرفع دعوى القسمة أن يكون هناك اختلاف في اقتسام المال المشاع للجوء إلى القضاء، وبمعنى آخر لا يجوز للشريك في الشيوع أن يرفع دعوى قسمة المال المشاع ما لم يعرض القسمة وديا على باقي الشركاء، وسواء كان هذا الاختلاف على مبدأ القسمة أو على طريقة القسمة ففي كلتا الحالتين يلجأ الأطراف إلى القضاء الذي يقسم المال المشاع على الشركاء وفقا للقانون سواء قبل بها الشركاء أو رفض، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى للشركاء الحق في اللجوء إلى الهيئة التي تعلوا المحاكم للطعن في حكم القاضي وفقا لما يقرره القانون طبقا لمبدأ التقاضي على درجتين[1].

وشرط اختلاف الشركاء لاقتسام المال المشاع تطلبه كذلك المشرع المصري والسوري و اللبناني والليبي والأردني، إذ نص في المادة 1/836 من القانون المدني المصري على أنه:" إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال المشاع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء في الحضور أمام المحكمة الجزئية[2]" يتضح من خلال النص أن لكل شريك أن يطلب قسمة المال المشاع أمام القضاء إذا لم يتفق الشركاء على ذلك، ويكون ذلك بأن يقوم طالب القسمة بتكليف الشركاء المتقاسمين للمثول أمام المحكمة الجزئية، ليصبحوا أطراف في دعوى القسمة[3].

و تنص كذلك في هذا الصدد المادة40 من قانون الولاية على المال المصري على أن : " للمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية"، كم تنص المادة 1/942 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه : "إذا اختلف الشركاء على القسمة أو كان بينهم غير ذي أهلية أو غائب غيبة منقطعة ولم يصادق القاضي على القسمة الرضائية كان لكل من الشركاء أن يقيم دعوى أمام المحكمة بوجه جميع الشركاء.[4]"

---

[1] – ق.إ.م.إ المادة 6 : " المبدأ ان التقاضي يقوم على درجتين ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."
[2] – ق.م.م.
[3] – زايد أحمد رجب البشبيشي، المرجع السابق، ص116.
[4] – ق.م.ع.ل

ونص المشرع السوري في نص المادة 790 من القانون المدني على أنه:" إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يقيم دعوى أمام قاضي الصلح[1]." ، وهو موقف المشرع الأردني إذ نص في القانون المدني: " مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى يجوز لمن يريد الخروج من الشيوع ولم يتفق مع باقي شركائه على ذلك ان يطلب القسمة القضائية.[2]"

كما نص المشرع الليبي على شرط اختلاف الشركاء في القسمة للجوء للقضاء ليتولى هذا الأخير إجراء القسمة، إذ نص في المادة 845 من القانون المدني على انه :" إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال المشاع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يقيم دعوى القسمة وفقا لنصوص قانون المرافعات المدنية.[3]"

وهو موقف المشرع الأردني إذ نص في المادة 140 من القانون المدني على أنه: "يجوز لمن يريد الخروج من الشيوع، ولم يتفق مع باقي شركائه على ذلك، أن يطلب القسمة القضائية[4]."

ومن شروط القسمة القضائية وفقا للتشريع الفرنسي كذلك اختلاف الشركاء في القسمة أو في كيفية إجرائها، أو إذا لم يؤذن للشريك أو الشركاء لإجراء القسمة في الحالات التي يتطلب فيها القانون الإذن، كقسمة القاصر وقسمة الخاضع لنظام الوصاية، و الغائب عنها [5].

ثانيا: طلب إجراء القسمة

إن التماس القسمة من القضاء يكون بطلب من شريك أو اكثر، فلا يشترط إجماع الشركاء مثل القسمة الاتفاقية، ومقابل ذلك لا يحكم القاضي بالقسمة من تلقاء نفسه بل لا بد أن يطلب منه قسمة المال المشاع، وهذا ما نستخلصه من المادة 724 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر بإدراج عبارة " فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة."

---

[1] – ق.م.س.

[2] – وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص160.

[3] – إبراهيم أبوا النجا، المرجع السابق، ص118.

[4] – محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص146.

[5] – Art. 840. c.civ.fr : "Le partage est fait en justice lorsque l'un des indivisaires refuse de consentir au partage amiable ou s'il s'élève des contestations sur la manière d'y procéder ou de le terminer ou lorsque le partage amiable n'a pas été autorisé ou approuvé dans l'un des cas prévus aux articles 836 et 837."

ويتحدد طلب القسمة في الدعوى بالادعاءات التي يتقدم بها المدعي أمام المحكمة، وذلك طبقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية[1]، وطلب القسمة شرط تضمنته سائر التشريعات العربية، طبقا لأحكام المواد836 /1 من القانون المدني المصري والمادة 790 من القانون المدني السوري، والمادة 1/942 من قانون الموجبات اللبناني، والمادة 845 من القانون المدني الليبي السالفة الذكر.

كما اشترط المشرع الأردني الطلب في القسمة القضائية من أحد أصحاب الحصص، وألزم القاضي بالاستجابة لطلب الشريك لإجراء القسمة، ولو رفضها أو تغيب عنها أحد الشركاء إذ نص في المادة 1042 من القانون المدني على أنه :" يشترط لصحة القسمة قضاء أن تتم بطلب من أحد أصحاب الحصص المشتركة.

وتتم قسمة القضاء، ولو امتنع أحد الشركاء أو تغيب[2]."

وهو ما تضمنه المشرع الفرنسي ونصوص قانون الاجراءات المدنية، فمن غير المعقول التماس القضاء من غير طلب، وطلب إجراء القسمة من الطلبات الأولية التي يتقدم بها بداية عند رفع الخصم لدعوى القسمة[3]، ونستخلص الطلب في العريضة التي يتقدم بها الشخص أمام القضاء[4].

كما اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية[5] الطلب لصحة القسمة القضائية، إذ يرى الحنفية عدم جواز القسمة القضائية إذا لم يطلبها شريك على الأقل ، فإذا تصرف القاضي دون الطلب منه يكون قد تصرف في ملك الغير وهو أمر منهي عنه، ويرفع الحظر إذا طلب شريك القسمة، ففي هذه الحالة تجرى القسمة جبرا بين الشركاء، فيكفي أن يلتمس أحد الشركاء من القاضي القسمة ويطلبها، أما في الحالة التي يكون

---

[1] – ق.إ.م.إ نص المادة 25:" يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد.

غير انه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية.

تحدد قيمة النزاع بالطلبات الأصلية والاضافية وبالطلبات المقابلة وبالمقاصة القضائية.

الطلب الاضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد اطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية.

الطلب المقابل هو الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة، فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه."

[2] – محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 145.

[3] – Art. 53. C.p.civ.fr: " La demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions. Elle introduit l'instance. "

[4] – Art. 58.1 alinéa. C.p.civ.fr: " La requête ou la déclaration est l'acte par lequel le demandeur saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé."

[5] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4744.

فيها الطالب قاصد للضرر فلا يجب على القاضي أن يستجيب له[1]، ويمتد هذا الشرط إلى قسمة الجمع[2]، ويضيف الأحناف ويتفق معهم في ذلك الحنابلة أنه يجب أن يكون هناك نفع في القسمة القضائية وأن لا ينجم عنها ضرر على خلاف قسمة التراضي التي أجازوا فيها الضرر.

أما المالكية والشافعية انقسموا إلى قسمين يرى الاتجاه الأول منهم عدم جواز القسمة رغم طلبها إذا ترتب عنها ضرر لأن مما لا شك فيه أن قسمة الياقوت واللؤلؤة فيه فساد للمال، ولا يجوز قسمة المال إذا ترتب عنه ضرر لا مراضاة ولا جبرا، كما أن ما يعظم ضرره عند القسمة يبطل قسمته لأنه مفسدة للمال، ويوافق هذا الاتجاه الإباضية.

بينما يرى الاتجاه الثاني ان إذا ترتب عن القسمة تقليل في نفع المال، وضرر أقل جاز قسمته بشرط أن لا يكون الضرر كبير ومن امثلة ما يمكن أن ينقص نفعه الحمام والطاحونة ويرى بعض الشافعية أن الحاكم لا يستجيب لطلب القسمة إذا كان الضرر فيها كبير ولا يمنعهم من ذلك إذا اتفقوا على القسمة.

أما الظاهرية يرون أنه يجب قسمة كل شيء سواء ترتب عنه ضرر أم لا فهم يجيزون قسمة كل صنف من المال المشاع ما لم يكن مشترك كلأن يكون دابة، واستدلوا بقوله تعالى:" للرجال نصيب مما ترك الوالدين والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا".[3]

تجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي[4] منح للحاكم أو القاضي سلطة واسعة في رفض إجراء القسمة القضائية خاصة إذا ترتب عنها ضرر يلحق الشركاء أو أن القسمة من شأنها أن تنقص من قيمة المال المشاع أو تجعل من الصعب الانتفاع به، بينما القانون ألزم القاضي على أن يجيب طلب الشريك لإجراء القسمة القضائية إذا استوفى جميع شروط القسمة القضائية ولم يكن له ما يمنع إجرائها، وإذا رأى القاضي أن في القسمة ضرر سيلحق الشركاء أو المال بحذ ذاته بحيث يجعل من الصعب استغلاله يلجأ إلى طريقة

[1] – أحمد خالدي، مرجع سابق، ص48.

[2] – قسمة الجمع هي القسمة التي تتضمن عدة أموال شائعة، وسميت كذلك لأنها تنطوي على جمع نصيب كل واحد من الشركين في عين واحدة، بحيث يقوم القاسم بجعل بعض أفراد المال المقسوم لأحد من الشريكين والبعض الآخر للشريك الثاني، ومثال ذلك أن يكون هناك أرضين مملوكة على الشيوع لشريكين في الشيوع، فتجمع حصص كل من الشركين في أرض واحدة، ويقوم القاسم سواء كان الشركاء أو القاضي بتخصيص كل أرض لأحد من الشركين بعد جمع حصص كل منهما في عين واحدة، وقسمة الجمع تنطوي على عدة أعين شائعة على خلاف قسمة التفريق التي تتضمن عين واحدة على الشيوع ويتم فيها قسمة كل فرد من أفراد المال المشترك على حدة، وتحديد نصي كل منهما، كأن تكون هناك دار شائعة بين شريكين وتقسم مناصفة بينهما، عن هذا الموضوع راجع المرجع السابق، محمد عبد الرحمان الضويني، ص 78.

[3] – زايد احمد رجب البشبيشي، مرجع سابق، ص123.

[4]– وهبة الزحيلي المرجع السابق، ص 4745.

أخرى للقسمة ألا وهي قسمة التصفية، والتي سآتي على ذكرها بشيء من التفصيل حين التطرق إلى طرق إجراء القسمة النهائية في الباب الثاني.

ودعوى القسمة القضائية التي يرفعا طالب القسمة يجب أن تكون موجهة ضد جميع الشركاء، تحت طائلة بطلان الإجراءات ولا يكفي لتصحيح الاجراءات إدخال سائر الأطراف أمام جهة الاستئناف، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 264439 المؤرخ في 2002/09/11 ، بأن قضاة الموضوع على مستوى الاستئناف عندما قرروا بطلان إجراءات رفع الدعوى لم ينتهكوا أية قاعدة قانونية لأن الدعوى لم ترفع على جميع الشركاء في المال المشاع[1].

ثالثا: أهلية طالب القسمة

يجب أن يكون طالب القسمة القضائية مؤهلا لذلك، ورغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على كون الأهلية شرط أساسي للتقاضي مثل ما فعل في قانون الإجراءات المدنية الملغى[2]، ولكن ما يجعلنا نستخلص كون الأهلية شرط في رفع دعوى القسمة هو أن المشرع جعلها سبب للدفع بالبطلان في القسم الرابع ضمن الفصل الثاني بعنوان الدفوع الشكلية من الباب الثالث المعنون بوسائل الدفاع ضمن الكتاب الأول تحت تسمية الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، إذ جعل المشرع حالات الدفع بالبطلان محددة على سبيل الحصر، وتكون إما بانعدام الأهلية أو بانعدام أهلية أو التفويض بالنسبة لمن اشترط له القانون التمثيل شخصا طبيعيا كان أو معنويا[3]، وانعدام الأهلية يمكن اثارته كدفع شكلي بعد البدا

---

[1] – عمر حمدي باشا، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للنشر الطبعة الثامنة لسنة 2009، ص 105.

[2] – الأمر رقم 66 –154 مؤرخ في 08 جويلية 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد 47 مؤرخة في 09 جويلية1966، المادة 459: "لا يجوز لأحد ان يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائز لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك.

ويقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية، كما يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى، إذا كان هذا الإذن لازما."

[3] – ق.إ.م.إ المادة 64: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:

1– انعدام الأهلية للخصوم،

2– انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي."

في إجراءات الدعوى، بشرط أن لا يقدم من تقرر البطلان لصالحه بسبب انعدام أهلية الخصم أي دفع في الموضوع، وإلا سقط حقه في الدفع بالبطلان[1].

كما جعل المشرع الجزائري انعدام أهلية الخصوم، من النظام العام لا يجب أن نلزم من تقرر البطلان لصالحه أن يتمسك به ويثيره القاضي من تلقاء نفسه[2].

تجدر الاشارة إلى أنه كان على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على الأهلية كشرط لرفع الدعوى كم فعل مع شرطي الصفة والمصلحة حينما تضمنهما في المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ضمن الفصل الاول بعنوان في شروط رفع الدعوى في الباب الأول بعنوان في الدعوى ضمن الكتاب الأول تحت تسمية الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية[3].

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن أهلية طالب القسمة والتي اشترطها المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، تجب في الشريك كما تجب في الولي أو الوصي أو المقدم باعتباره الممثل القانوني للشريك في الشيوع.

ويمكننا ان نستخلص الأهلية للتقاضي في التشريع الفرنسي، من خلال الدفوع ببطلان إجراءات التقاضي، والتي منها عدم أهلية المتقاضي[4]، وإذا تعلق الأمر بأهلية من يمتثل أمامه يثير القاضي تلقائيا البطلان[5].

---

[1] – ق.إ.م.إ المادة 61 :" يمكن الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها ، ولا يعتد بهذا الدفع إذا قدم من تمسك به دفاعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون إثارته."

[2] – ق.إ.م.إ المادة 65 : يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية ، ويجوز له ان يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي."

[3] – ق.إ.م.إ المادة 1/13 : " لا يجوز لأي شخص ، التقاضي ما لم تكن له صفة ، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون."

[4]–Art. 117. C.p.civ.fr : "constituent des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte : Le défaut de capacité d'ester en justice ;

Le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice ;

Le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice."

[5] –Art. 120. alinéa. C.p.civ.fr: " Le juge peut relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice."

كما اشترط الفقه الإسلامي أهلية طالب القسمة القضائية، وذلك بأن يكون بالغا عاقلا ورشيدا، وفي الحالة التي يكون فيها أحد الشركاء في الشيوع قاصرا كالصبي، أو أن يكون بالغا سفيها أو مجنونا، فيقوم هنا الولي أو الوصي محل الشريك في الشيوع، ويقوم القاضي بنفسه بتولي إجراءات القسمة، وللقاضي أن يرفض إجراء القسمة إذا كانت مضرة بمصلحة الشريك الصبي أو المجنون[1]، ويضيف الفقه الإسلامي إلى ضرورة حضور الشركاء في القسمة القضائية ، فاتجه الحنفية والحنابلة إلى عدم جواز القسمة القضائية إذا لم يحضرها كل الشركاء ، و تصح قسمة الغائب إذا لم يحضر شخصيا أو من ينوب عنه شركا من وكيل او وصي أو ولي.

بينما ذهب المالكية والشافعية والزيدية إلى وجوب استجابة القاضي لطلب القسمة و تصح القسمة عن الغائب إجبارا، سواء حضر وكيله أو لم يحضر سواء كانت غيبته بعيدة او قريبة، وذهب البعض من المالكية إلى ضرورة انتظار الغائب إذا لم يكن بعيدا[2].

رابعا: الإذن لإجراء القسمة

نص المشرع الجزائري في المادة 88 من قانون الأسرة:" على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام .

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

1- استثمار اموال القاصر او الاقتراض او المساهمة في شركة.

2- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد."

يتضح من خلال ما تقدم ان المشرع الجزائري اشترط الإذن من القاضي لإجراء القسمة ولم يفرق بين القسمة الاتفاقية والقضائية، وشدد المشرع في حماية القاصر بأن أوجب على القاضي بدوره حين يمنح الإذن في قسمة العقار الذي يملكه القاصر على الشيوع أن يراعي حالة الضرورة ومصلحة القاصر[3]، واستبعد نظرية الضرر في قسمة المال المشاع والتي فصل فيها فقهاء الشريعة الاسلامية وذلك بان جعل حلا آخر للقسمة يتمثل في قسمة التصفية، كما أخضع الوصي والمقدم لنفس الأحكام التي يخضع لها الولي طبقا لأحكام المادتين 95 و100 من قانون الأسرة السالفتين الذكر.

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص240.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، نفس المرجع، ص 420.

[3] – ق.أ.ج المادة 98: " على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والملحة وان يتم بيع العقار بالمزاد العلني."

أما فيما يتعلق بالمشرع الليبي وبعد استقراء المواد 844 من القانون المدني والمواد 44 و45 و49 و50 من قانون تنظيم أحوال القاصرين السالفة الذكر، فنجده يميز بين ما إذا كان الولي على قاصر من الوالدين أو من الغير، فإذا كان من الوالدين فلا يلزم الحصول على إذن المحكمة، لأنه أحرص على أموال القاصر من غيره، وهذا ما نستخلصه من المادة 45 من قانون تنظيم أحوال القاصرين السالفة الذكر، بينما إذا كان الولي من الغير فيجب الحصول على إذن من المحكمة لقسمة أموال القاصر التي يملكها على الشيوع.

أما إذا كان الأمر يتعلق بالوصي أو المقدم فالمشرع نص صراحة من المادة 69 من نفس القانون في فقرتها الأخيرة : " وليس للوصي أو القيم أن طلب إنهاء الشيوع قضاء في المال المشترك بين القاصر وشركائه إلا بإذن المحكمة"[1].

خامسا: الصفة والمصلحة في دعوى القسمة

إن الدعوى هي الوسيلة الوحيدة في يد الشريك في الشيوع للمطالبة بقسمة المال المشاع، إذا لم يوافق الشركاء على إجرائها، وإضافة إلى اختلاف الشركاء حول القسمة والتمتع بأهلية التقاضي والحصول على الإذن متى اشترط القانون ذلك والتماس القضاء بالطلب، اشترط القانون أن تتوافر في الشريك رافع الدعوى الصفة والمصلحة إذ نص المشرع في المادة 1/13 من قانون الإجراءات المدنية والادارية على أنه :" لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.".

1- الصفة في دعوى القسمة

الصفة هي ولاية مباشرة دعوى القسمة يستمدها المدعي من كونه شريكا في الشيوع أو من كونه نائب عن الشريك كالولي أو الوصي او القيم او الوكيل وحتى الوكيل المتصرف القضائي في بعض الحالات، والصفة في دعوى القسمة نوعان: الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي.

فالصفة في الدعوى هي أن دعوى القسمة لا تقبل إلا كان إذا المدعى يدعي حقا أو مركزا قانونيا لنفسه، وهي صنفان الصفة العادية والصفة الغير عادية، فالصفة العادية تتوفر حين يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع أو نائبه أما الصفة الغير عادية تتوفر حين يجيز القانون

---

[1] – ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 118.

لشخص أو هيئة أن يحل محل صاحب الصفة العادية في الدعوى، ومثال ذلك الدعوى الغير مباشرة التي يرفعها مدين الشريك في الشيوع على باقي الشركاء للمطالبة بالقسمة واستفاء حقه[1].

أما الصفة في التقاضي تعني صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات باسمه أو باسم غيره، كالولي أو الوكيل أو الوصي أو المقدم.

فالصفة في دعوى القسم تبت لكل شريك في المال المشاع سواء كان شريكا منذ بدأ حالة الشيوع أو شريك طارئ، فيجوز لمشتري حصة في المال المشاع أن يطلب قسمه قضائيا، على أن يكون عقد البيع مشهرا بالمحافظة العقارية إذا تعلق الأمر بعقار[2].

إن ما جاء به الفقه الإسلامي من تنظيم القسمة الإجبارية إضافة إلى شرط الطلب هو ثبوت الملك، إذ يجب أن يكون الشريك في الشيوع مالكا للمال المراد قسمة قبل طرح النزاع على الحاكم أو القاضي، واثبات الملك من قبل طالبي القسمة محل اختلاف بين الفقهاء، فيرى أصحاب المذهب الشافعي والحنبلي أنه على الشركاء أن يقيموا اليمين على ملكيتهم للمال المشاع عقارا أو منقول لكي يستجيب القاضي لطلبهم ، وعللوا رأيهم أن في قسمة الإجبار يجب أن يمتثل لها الممتنعين على إجرائها لدى يجب إثباتها بما يجب إثباته المدعى لخصمه، كما أن المال المشاع قد يكون في أيدي الشركاء على سبيل الإجارة أو الإعارة، فقد يدعي كل منهم بملكية هذا المال فلا يكفي وضع اليد على المال لإثبات ملكيته بل يجب أن يكون ببينة[3].

بينما ذهب الحنفية إلى أنه يستجيب القاضي لطلب القسمة بمجرد إقرار الشركاء بملكيتهم للمال بغض النظر عن مصدر الشيوع وطبيعته عقار كان أو منقول، لكنه يجب على القاضي في هذه الحالة أن يذكر في حكمه أن القسمة تمت بناء على إقرار الشركاء، وذلك لكي لا يتعدى على حقوق الغير إذا ظهر شريك آخر في الشيوع، واستدل أصحاب هذا الرأي أن وضع اليد على المال دليل على الملك، وأن الظاهر يثبت ملكيتهم له لذلك يجوز لهم التصرف فيه بالقسمة.

---

[1] – ق.م.ج المادة 189:" لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو ان يزيد فيه.

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لابد أن يدخله في الخصام."

[2] – كامل رمضان جمال،، الحقوق والالتزامات في عقد البيع، المشكلات العملية في نقل الملكية، درا الكتاب الحديث للنشر، طبعة 2012، ص 660.

[3] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 221.

أما المذهب المالكي اشترط البينة على ملكية الشركاء للمال المشاع ونصوا على تفاصيل الشهادة المطلوبة في حالة الميراث، فلا بد من إثبات موت المورث وملكه للمقسوم[1].

2- المصلحة في دعوى القسمة

المصلحة هي الفائدة والهدف المرجو من رفع الدعوى إذ لا يتصور أن يرفع شخص دعوى دون أن يكون هناك هدف، وتعرف كذلك أنها الفائدة العملية المشروعة التي يتحصل عليها المدعى من اللجوء للقضاء[2]، ويتضح ذلك من خلال الطلبات التي يتضمنها في الدعوى، وهذا ما تنص عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و والإدارية[3]، ومصلحة الشريك في رفع دعوى القسمة، هي اقتسام المال المشاع وتحويل وإفراز الجزء الخاص به وتحويل حصه المعنوية إلى جزء خاص به يتصرف به بشتى أنواع التصرف.

والمصلحة في رفع دعوى القسمة شرط لم ينفرد به المشرع الجزائري بل تطلبه المشرع الفرنسي، إذ تطلب هذا الأخير في القواعد العامة في رفع الدعوى أن يكون لرافع الدعوى مصلحة مشروعة وفائدة متوخاة من رفع الدعوى[4]، وضع المشرع الفرنسي جزاء مدنيا يتمثل في غرامة مدنية لا يتجاوز قدرها ثلاثة آلاف أورو، ناهيك عن التعويضات التي يطالب به، وذلك في الحالة التي يرفع فيها شخصا دعوى للمماطلة او التعسف في استعمال الحق في رفع الدعوى، على خلاف المشرع الجزائري الذي نص على الحق في طلب تعويض إذا كان الادعاء تعسفيا[5]. .

وهو موقف المشرع الجزائري فإذا كانت المصلحة التي يتوخاها الشريك من رفع دعوى القسمة قليلة بالنظر إلى الضرر الذي تسببه للشركاء، أو أن القصد من القسمة هو إلحاق ضرر بالغير، أو أن طلب القسمة لم

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 182.

[2] – عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر، طبعة 2009، ص 189.

[3] – ق.إ.م.إ المادة 1/13 : " لا يجوز لأي شخص ، التقاضي ما لم تكن له صفة ، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون."

[4] – Art. 31. c.p.c.fr : "L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé."

[5] –Art. 32 bis1. c.civ.fr : " Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés. "

يكن في وقت مناسب، فيمكن للقاضي أن يرفض طلب الشريك، على أساس أنه تعسف في استعما حقه في المطابة في قسمة المال المشاع[1]، أو أن يلجأ القاضي إل قسمة التصفية ويباع المال المشاع بالمزاد ويقتسم الشركاء الثمن[2].

وهو الموقف الذي تبناه كذلك المشرع السوداني حين استبعد إجراء القسمة ضمن حالات معينة في المادة 135 من قانون الإجراءات المدنية السوداني بنصها:" يعتبر غير قابل للقسمة الذي:

1- يكون أرضا زراعية جرى عرف الجهة على اعتبارها وحدة مستقلة وترى المحكمة أن قسمته تضر بمصالح الشركاء

2- تقل فيه حصة كل من الشركاء عن الحد الأدنى المقدر قانونا للتسجيل.

3- تحول القوانين الخاصة دون إفرازه[3]".

كما نص المشرع الفرنسي صراحة إلى إمكانية تأجيل القسمة لأجل سنتين أو أكثر، وذلك إذا كان التحقيق الفوري لها يؤدي إلى أضرار تلحق المال المشاع محل القسمة أو تنقص من قيمته، أو أن القسمة من شأنها أن تضر مصالح أحد الشركاء، وهذا التأجيل يتعلق بكل الأموال الشائعة أو جزء منها، و إمكانية امتداد طلب التأجيل ليشتمل على الحقوق الاجتماعية[4] .

---

[1] – ق.م.ج المادة 124 مكرر: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:
- إذا وقع الضرر بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنظر للضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

[2] – ق.م.ج المادة728: "إذا تعذرت القسمة او كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع."

[3] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص232.

[4] – Art. 820. C. c.fr : "820 A la demande d'un indivisaire, le tribunal peut surseoir au partage pour deux années au plus si sa réalisation immédiate risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis ou si l'un des indivisaires ne peut reprendre l'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dépendant de la succession qu'à l'expiration de ce délai. Ce sursis peut s'appliquer à l'ensemble des biens indivis ou à certains d'entre eux seulement. S'il y a lieu, la demande de sursis au partage peut porter sur des droits sociaux."

سادسا: إتحاد الجنس وعدم وجود رد في القسمة

وهاذان الشرطان انفرد بهما الفقه الإسلامي دون غيره، إذ اشترط الفقه الإسلامي في القسمة الإجبارية أن يتحد جنس المال المراد قسمته لصحة القسمة، وأن لا يكون في هذه الأخيرة رد.

1- اتحاد جنس المقسوم في القسمة الإجبارية

يشترط لقبول طلب القسمة الإجبارية في الفقه الإسلامي أن يكون المال المشاع من جنس واحد[1] كالدار الواحدة أو الأرض الزراعية التي يطلب قسمتها أو القماش الرفيع، وقسمة الأنواع المختلفة لا تقبل قسمة الجمع إجبارا، فقسمة الجمع تقتضي بأن تجمع حصص الشريك في كل الأموال الشائعة في عين واحدة، هذه الخيرة التي سينفرد بها ويصبح المال خاصا به.

والغاية من عدم جواز قسمة الجمع إجبارا إذا كان المال المشاع من أجناس مختلفة، هو عدم انتفاع الشركاء بكل المال المشاع، وأن الشريعة الإسلامية تهدف إلى المساواة بين الشركاء فمن غير العدل أن يخصص إجبارا لكل شريك عقار ينتفع به وشريك آخر منقول قد لا ينتفع به.

أما إذا كان الطلب على القسمة بالتفريق فهو جائز ولو جبرا، لأنه يقضي بأن يقسم كل عين شائعة على حدة على جميع الشركاء كل حسب حصته[2].

2- أن لا يكون في القسمة رد

قسمة الرد هي القسمة التي يكون فيها رد مال أجنبي عن المال المشاع المراد قسمته، وأطلق عليها هذا الاسم لأنها تنطوي على رد مال غير المال المشاع إلى بعض الشركاء، ومثال ذلك أن تكون هناك أرض مشتركة بين مالكين على الشيوع، وفي أحد جانبي الأرض بئر أو شجر لا يمكن قسمته، وليس في باقي الأجزاء الأخرى ما يعادل ذلك.

ففي هذه الحالة يتم تقويم الأرض ويقوم البئر أو الشجر، فعلى الذي وقع في نصيبه الأرض التي بها بئر أو شجر، أن يرد من مال غير المال المشاع إلى الشريك الآخر، فلو كانت قيمة كل جانب مثلا، ألفا وقيمة البئر لوحدها ألف، كان على من وقع في نصيبه البئر أن يدفع نصف قيمة البئر نقدا للشريك الآخر والمتمثلة في خمسة مئة[3].

---

[1] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4748.

[2] – زايد رجب أحمد البشبيشي، المرجع السابق، ص 250..

[3] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 60.

والغاية من عدم جواز الإجبار في القسمة إذا كان فيها رد، لأن فيها تمليك لشيء غير مشترك وهو المال المردود، فلا يمكن إجبار شريك أن يدفع قيمة جزء من المال المشاع بمال أجنبي عن الشيوع[1].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن قسمة الرد تختلف عن قسمة الأجزاء وقسمة التعديل من حيث الحاجة إلى تقويم المال المشاع، فقسمة الرد تحتاج إلى تقويم المال الخاص الذي وقع نصب أحد الشركاء ودفع قيمته من مال أجنبي عن الشيوع لباقي الشركاء، أما قسمة الأجزاء فلا تحتاج إلى تقويم، بل تقسم الموال الشائعة بين الشركاء كل حسب حصته وسميت كذلك لأن كل شريك يأخذ نسبة الجزء الذي يعادل حقه في الشيوع.

كما تتميز قسمة الرد عن قسمة التعديل، هذه الأخير تقتضي أن يعدل القاسم حصص الشركاء، والتعديل في هذه القسمة يكون بقيمة المال المشاع ومنفعته من غير رد ومثال ذلك، أن تكون هناك قطعة أرض للزراعة تقدر بثلاثين مترا على الشيوع، ولكل شريك في هذه الأرض النصف، وعشرة أمتار منها مجتمعة بها بئر أو دار او نخيل، بالتالي فالمتر من العشر أمثار يعادل مترين من قيمة الأرض ذات العشرين متر المتبقية لأنها تشتمل على منفعة أكثر، فيقوم القاسم بتعديل حصص الشركاء، بأن يجعل الثلث سهما لشريك معين مقابل حصته السابقة المتمثلة في النصف، وينفرد بموجب القسمة بالعشرة الأمتار التي نفعها أكثر، بينما يأخذ الشريك الآخر الثلثين أي العشرين متر المتبقية من الأرض التي نفعها أقل، مقابل حصته السابقة المتمثلة في النصف[2].

---

[1] – نفس المرجع، ص427.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص59.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية والإجرائية لدعوى القسمة

أولا: الشروط الشكلية لرفع دعوى القسمة:

نظم المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات كيفية التماس القسمة من القضاء، ويكون ذلك بعريضة ترفع إلى المحكمة المختصة للنظر في طلب القسمة القضائية، وهذه العريضة لا تقبل شكل إذا لم تستوفي مجموعة من الشروط وقبل التطرق للشروط الشكلية تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يضع نموذج محدد لشكل عريضة دعوى القسمة، بل اكتفى بذكر البيانات الواجبة الذكر في عريضة الدعوى.

ترفع دعوى القسمة وفقا للقواعد العامة لرفع الدعوى، بعريضة موقعة ومؤرخة بعدد أطراف الدعوى يودعها المدعي أو من ينوب عنه قانونا لدى أمانة ضبط المحكمة[1]،كما يجب أن تحتوى عريضة الدعوى على مجموعة من البيانات التي تثبت هوية الأطراف و موطنهم والمدعى عليه والمدعى به، ويجب كذلك تحديد الجهة القضائية التي يرفع إليها النزاع ليتحدد اختصاص المحكمة الناظرة في دعوى القسمة[2].

كما يجب أن تقيد دعوى القسمة في سجل خاص لدى امانة ضبط المحكمة ليتم جدولة القضية وترقيمها وتحديد تاريخ الجلسة وذلك بعد دفع الرسوم المقررة قانونا، وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 16 فقرة1-2[3].

[1] – ق.إ.م.إ. المادة 14:" ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة ، موقعة ومؤرخة ، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي او وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوى عدد الأطراف."

[2] – ق.إ.م.إ المادة 15: " يجب ات تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، البيانات الآتية :

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى،
2- اسم ولقب المدعي وموطنه،
3- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له،
4- الاشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي،
5- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى،
6- الإشارة، عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى."

[3] – ق.إ.م.إ المادة 16:" تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها ، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة.

يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ اول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية ، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم...."

لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم القضائية، هذه الأخيرة تكون محددة مسبقا قانونا، وأي نزاع يثار حولها يفص القاضي فيه بموجب أمر غير قابل لأي طعن، كما يجب تحت طائلة عدم قبول عرضة الدعوى شكلا القيام بإجراءات شهر العريضة إذا تعلق الأمر بعقار أو بحق عيني على عقار، وتقدم في أول جلسة[1].

وشعر عريضة دعوى القسمة تطلبه المشرع المصري كشرط إذ نص في المادة 32 من قانون 1964/142 المتضمن السجل العيني، جاء في مضمون المادة ان الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري أو بصحة ونفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها، ولا تقبل الدعوى إلا بتقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل العيني[2].

ولم يحدد المشرع الفرنسي شكل العريضة على غرار ما فعل المشرع الجزائري، ولكنه اشترط أن تكون العريضة موقعة ومؤرخة، ومتضمنة للبيانات الكافية المتعلقة بالمدعي شخصا طبيعيا كان أو معنويا، والمدعى عليه وكافة المعلومات التي تخص المدعى عليه، و كذا عرض لوقائع الدعوى والأدلة، والطلبات التي يتقدم بها المدعي[3].

---

[1] – ق.إ.م.إ المادة 17: " لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحدد قانونا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
يفصل رئيس الجهة القضائية في كل نزاع يعرض عليه حول دفع الرسوم، بأمر غير قابل لأي طعن.
يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية، إذا تعلقت بعقار او بحق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، وتقديمها في اول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا ، مالم يثبت إيداعها للإشهار."

[2] – عدلي امير خالد، المرجع السابق، ص193.

[3] – Art. 58. C.p. c.fr : " La requête ou la déclaration est l'acte par lequel le demandeur saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé. Elle contient à peine de nullité :

1° Pour les personnes physiques : l'indication des nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance du demandeur ; Pour les personnes morales : l'indication de leur forme, leur dénomination, leur siège social et de l'organe qui les représente légalement ;

2° L'indication des nom, prénoms et domicile de la personne contre laquelle la demande est formée, ou, s'il s'agit d'une personne morale, de sa dénomination et de son siège social ;

3° L'objet de la demande. Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

ثانيا: إجراءات دعوى القسمة

تبدأ إجراءات القسمة القضائية، بعد استفاء الشروط المنصوص عليها قانونا برفع دعوى أمام القضاء، يسمى الذي يسعى للقضاء بالمدعي طالب القسمة، والطرف الثاني هو الخصم المدعى عليه وهو الشريك أو الشركاء في الشيوع، ولا بد من أن ترفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة، وأن يتم تكليف الخصم للحضور تكليفا صحيحا ووفقا للطريقة التي رسمها المشرع، هذا إن كان رافع الدعوى كامل الأهلية، أما إذا لم يكن كذلك فيشترط القانون الحصول على الاذن لطلب القسمة[1].

1- الخصوم في دعوى القسمة

أ- **المدعي :** المدعي في دعوى القسمة هو الشريك في الشيوع، والذي يطالب بقسمة المال المشاع شخصيا أو من طرف ممثله، وسواء كان الشريك أصليا أو لاحقا، فالشريك في الشيوع قرر له القانون المطالبة بقسمة المال المشاع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بموجب نص أو اتفاق، وقد يكون طالب القسمة الشريك أو من ينوب عنه قانونا كالولي أو الوصي أو المقدم أو الوكيل أو الوكيل المتصرف القضائي في بعض الحالات.

وطالب القسمة القضائية قد يكون الشريك الأصلي أو الشريك الاحق، فالشريك الأصلي هو من اشترك في المال منذ بداية حالة الشيوع، كأن يكون الشريك أحد الورثة الذي ورث مع إخوته قطعة أرض معينة، بينما الشريك اللاحق هو الشريك الذي التحق الشيوع بعد بدايته، وذلك بموجب تصرف صادر عن أحد الشركاء أو بعضهم.

فخلال فترة الشيوع كل شريك هو مالك لحصته الشائعة، فله أن يتصرف فيها كليا أو جزئيا[2]، ومثال ذلك أن يقوم شريك في الشيوع يملك النصف في المال المشاع بالتصرف بالبيع في نصف حصته الشائعة وبالتالي يصبح شريك بحصة تقدر بالربع، ويدخل الملكية الشائعة شريك جديد يملك الربع، هذا الشريك وإن كان شريكا لاحقا، إلا أنه يبقى شريك له الحق في طلب القسمة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك أو اتفق مع الشركاء على البقاء في الشيوع.

Elle est datée et signée."

[1] – نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف للنشر، طبعة 2001.، ، ص164.

[2] – ق.م.ج المادة 714:" كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق ضرر بحقوق سائر الشركاء."

فالشريك في الشيوع قد يتصرف في حصته بأن يبيعها كلية كذلك ويحل محله المشتري في الملكية الشائعة ويكون له الحق بالمطالبة بالقسمة، هذه الصورة في التصرف لا تثير إشكالا إذ لا يزداد فيها عدد الشركاء مثل ما يقوم الشريك في التصرف جزئيا في حصته إذ يبقى كشريك ويضيف بموجب تصرفه شريك آخر [1].

هذا الحق المخول للشريك في الشيوع له إيجابيات وسلبيات، فهو فرصة للشريك للتخلص من الشيوع بعد بيع حصته كاملة، أما في حالة التصرف الجزئي فمن شأن ذلك أن يخلق نوع من التزاحم على المال المشاع، إذ من المنطقي أن يمارس الشريك الجديد في الشيوع نفس السلطات المقررة لصاحب الملك بما في ذلك طلب القسمة القضائية.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن بيع حصة شائعة لشريك آخر تختلف عن بيع الحصة الشائعة لأجنبي، إذ في هذه الصورة الأخيرة يجوز للشريك في الشيوع أن يمارس إحدى الرخصتين المخولتين قانونا، ألا وهما، الاسترداد [2] والشفعة [3].

وفي حالة ما إذا قام الشركاء بإجماعهم بالتصرف في حصة شائعة من المال المشاع، فيكون التصرف هنا صدر بمحض إرادتهم، وينتج عنه دخول شريك في الشيوع بقدر الحصة التي بيعت له، وتنقص في مقابل ذلك حصص باقي الشركاء في المال المشاع، ومثال ذلك كأن يقوم شريكان في الشيوع يملك كل واحد منهما النصف، بالتصرف في حصة من المال المشاع تقدر بالثلث، فيصبح الشريك الجديد شريكا بمقدار الثلث، وتتغير حصص الشركان المتصرفان لتصبح حصة كل منهما الثلث.

إن الغرض من هذا التفريق هو تبيان إن تصرف الشريك في الحصة الشائعة يختلف عن تصرف الشركاء بإجماعهم، ففي الحالة الأولى هناك مجال لممارسة حق الاسترداد أو الشفعة، أما في الحالة

---

[1] – جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 48.

[2] – ق.م.ج المادة721 على ما يلي " :للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته"

[3] – ق.م.ج المادة795 : " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلي أجنبي.

لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

الثانية فلا يستطيع أحد الشركاء ممارسة إحدى الرخصتين لأن التصرف صدر بإجماعهم، وتتشابه الحالتين في كون كلتاهما تخول للشريك اللاحق حق طلب القسمة القضائية.

ودعوى القسمة لا ترفع من مشتري جزء مفرز من المال المشاع، لأنه ليس شريك في المال وتصرفه هو موقوف على نتيجة القسمة النهائية، ولكنه يجوز أن يرفع دعوى قسمة باسم الشريك المتصرف، على أساس الدعوى غير المباشرة[1]، فلو قام شريك في الشيوع ببيع جزء مفرز لمشتري جاز لهذا الأخير أن يطالب بقسمة المال باسم البائع، وليمارس المشتري هذا الحق يجب أن يكون الجزء المفرز غير مخصص لشخص معين، أو يحظر التنفيذ عليه بنص خاص، كما يجب عليه أن يثبت أن الشريك البائع قد عزف عن المطالبة بحقه في القسمة، والذي من شأنه أن يسبب إعساره، أو زيادة في الدين، ومطالبة المشتري بالقسمة باسم الشريك البائع، لا تعني إبعاده عن القسمة بل لا بد من إدخاله في الدعوى[2].

وتجب الاشارة إلى أنه يجب على المدعي أن يرفع دعواه على كل الشركاء في الشيوع، فلا تجوز دعوى القسمة على بعض الشركاء دون البعض الآخر، لأن دعوى القسمة لا تقبل التجزئة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها على أنه يجب أن ترفع دعوى قسمة المال المشاع على جميع الشركاء، وفي حالة إغفال أحدهم يجب إدخاله أو أن يتدخل في الدعوى، وإن الحكم بتخصيص مناب لاحد الشركاء دون الآخرين هو خرق للقانون[3].

---

[1] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 72.

[2] – ق.م.ج المادة 189:" لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص او غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت انه امسك عن استعمال هذه الحقوق، وان هذا الإمساك من شانه أن يسبب عسره، او ان يزيد فيه.

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام."

[3] – المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثاني، صفحة 26، قرار رقم 47222 المؤرخ في 1988/12/07.

المبدأ:" من المقرر قانونا أن اختلاف الشركاء في قسمة المال الشائع يلزم من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع دعوى على جميع الشركاء، وان تكون قسمة المال الشائع حصصا إن كان يقب القسمة عينا.

ولما كان قضاة الاستئناف – في قضية الحال – صادقوا على حكم المحكمة التي منحت منابا لأحد الشركاء دون الآخرين ودون أن يدحلوا في الخصام جميع ذوي الحقوق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا المادة 724 من القانون المدني"

و ذهبت المحكمة العليا في قرار آخر لها بأن التغاضي عن بعض الشركاء في دعوى قسمة المال المشاع أمام المحكمة الابتدائية، لا يجعل إدخال باقي الشركاء أمام جهة الاستئناف تصحيحا لإجراءات رفع دعوى القسمة، والتي يجب أن تتضمن جميع الشركاء منذ بداية الخصومة[1].

وهو الموقف الذي تبنته محكمة التمييز الأردنية في قرار لها بأنه: " لا تقبل دعوى القسمة لا تقبل التجزئة، لأن لكل شريك حصة شائعة في المال الشائع، وبعد صدور حكم بالقسمة يختص كل شريك بجزء معين من المال المشترك ويكون الشريك خصما لجميع شركائه.

إذا طعن الشريك في الحكم الاستئنافي الصادر في دعوى القسمة، فعليه أن يقدم التمييز ضد جميع الشركاء وليس واحد منهم، ويرد شكلا التمييز المقدم ضد احد الشركاء فقط في العقار المشترك[2]"

كما اتفق الفقه الاسلامي مع ما جاء به الفقه القانوني من كون المدعي في دعوى القسمة هو الشريك أو من يقوم مقامه، كما يجوز للوارث والموصى له أو مشتري حصة شائعة، أن يرفع دعوى القسمة لأنه أصبح شريكا بدل سلفه[3].

ب- **المدعى عليه:** وهو الشريك أو سائر الشركاء الذين استدعاهم الشريك طالب القسمة، فيجب أن تشمل دعوى القسمة جميع الشركاء في الشيوع، أما إذا خصت الدعوى بعض الشركاء دون الاخرين، جاز لمن لم يكن طرفا ان يلتحق بالدعوى بطريقتين، إذا بالإدخال في الخصومة أو بالتدخل فيها.

وأجاز كل من التشريع الجزائري والفرنسي تدخل الشريك او إدخاله في القسمة، وما يميز الإدخال عن التدخل، كون هذا الأخير يكون بمحظ إرادة الشريك الذي تم تجاهله في القسمة، ويكون أصليا أو فرعيا[4]، أصليا إذا تضمن ادعاءات لصالح الشريك المتدخل[5]، أما التدخل الفرعي يتضمن دعم ادعاءات أحد الخصوم[1].

---

[1] - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للنشر، الطبعة الثامنة لسنة 2009، ص 105، قرار رقم 264439 مؤرخ في 2002/09/11.

المبدأ:" حيث ان دعوى القسمة لا تكون مقبولة إلا إذا رفعت على جميع الشركاء، وذلك ما تقتضي به المادة 724 من القانون المدني، وأن إدخال باقي الشركاء على مستوى جهة الاستئناف لا يكفي لتصحيح اجراءات رفع الدعوى، ومن ثم فإن قضاة الموضوع عندما صرحوا ببطلان إجراءات رفع الدعوى لم ينتهكوا أي قاعدة قانونية.

[2] - وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص 163.

[3] - محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 435.

[4] - ق.إ.م.إ المادة 196: " يكون التدخل الاختياري أصليا او فرعيا."

-Art.328. C.p. c.fr : " L'intervention volontaire est principale ou accessoire."

[5] - ق.إ.م.إ المادة 197: " يكون التدخل أصليا عندما يتضمن ادعاءات لصالح المتدخل."

بينما الإدخال يكون بغير إرادة الشريك الذي لم يكن طرفا في الدعوى، وإدخال الغير في الدعوى يكون إما لمخاصمته وليصدر الحكم ضده وإما ليكون ملزما بما قضى به الحكم في الدعوى[2]، ويكون ادخال الشريك في الشيوع في دعوى القسمة قبل قفل باب المرافعة[3]، إما من قبل المدعي أو المدعى عليه أو من قبل القاضي، ويجوز لهذا الأخير أن يأمر تحت طائلة الغرامة التهديدية إدخال شخص في الدعوى وذلك للسير الحسن للعدالة[4].

ويحرم المدخل في الخصام من إثارة الدفع بعد الاختصاص الإقليمي، وذلك أمام الجهة القضائية التي يمتثل أمامها[5].

–Art.329. C.p. c.fr 1er Alinéa: " L'intervention est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme."

[1] – ق.إ.م.إ المادة 198: " يكون التدخل فرعيا عندما يدعم ادعاءات أحد الخصوم في الدعوى.
لا يقبل التدخل إلا لمن كانت له مصلحة للمحافظة على حقوقه في مساندة هذا الخصم."

– Art.330. C.p. c.fr 1er 2éme Alinéa : " L'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie. Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie."

[2] – ق.إ.م.إ المادة 199: " يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن مخاصمته كطرف اصلي في الدعوى للحكم ضده.
كما يجوز لأي خصم القيام بذلك من أجل انت يكون الغير ملزما بالحكم الصادر."

– Art.331. C.p. c.fr 2éme Alinéa : " Un tiers peut être mis en cause aux fins de condamnation par toute partie qui est en droit d'agir contre lui à titre principal.
Il peut également être mis en cause par la partie qui y a intérêt afin de lui rendre commun le jugement."

[3] – ق.إ.م.إ المادة 200: " يجب إدخال الغير قبل إقفال باب المرافعة."

– Art.55. C.p. c.fr 3éme Alinéa : "Le tiers doit être appelé en temps utile pour faire valoir sa défense."

[4] – ق.إ.م.إ المادة 201: " يمكن للقاضي ولو من تلقاء نفسه، ان يأمر أحد الخصوم، عند الاقتضاء، تحت طائلة غرامة تهديدية، بإدخال من يرى في إدخاله مفيد لحسن سير العدالة، أو لإظهار الحقيقة."

[5] – ق.إ.م.إ المادة 202: " لا يجوز للغير المدخل في الخصام أن يثير الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية المكلف بالحضور أمامها، حتى ولو استند على شرط محدد للاختصاص."

– Art.333. C.p. c.fr : " Le tiers mis en cause est tenu de procéder devant la juridiction saisie de la demande originaire, sans qu'il puisse décliner la compétence territoriale de cette juridiction, même en invoquant une clause attributive de compétence."

ما يميز التشريع الجزائري عن التشريع الفرنسي، أن المشرع الجزائري جعل التدخل وجوبيا كان أو اختياريا أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف، ولا يجوز التدخل أمام محكمة النقض، ولم يجز المشرع الجزائري التدخل أمام محكمة الاستئناف باعتبارها جهة إحالة، ما لم ينص قرار الاحالة على خلاف ذلك[1]، بينما يجيز التشريع الفرنسي التدخل على مستوى المحكمة العليا، ولكنه يأخذ طابع فرعيا، أي أنه يدعم ادعاءات أحد الخصوم لا المتدخل[2].

وإذا صدر حكم في دعوى القسمة دون أن يمس الحكم جميع الشركاء، فلا يكون حجة على من لم يدخل فيها، وإذا قام أحد الشركاء ببيع حصته الشائعة كان حق التدخل في القسمة للمشتري، لأن حق القسمة ينتقل بانتقال الحصة الشائعة[3].

ووفقا للتشريع المصري يجوز للشريك في الشيوع أن يدخل في دعوى القسمة الشركاء الآخرين الذين لم يشركهم في الدعوى طبقا للمادة 1175 من قانون المرافعات إذ تنص على أنه :" للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها، يكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة"

ويجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه ان يأمر بإدخال شخص يرى من العدل إدخاله في الخصومة أن يقوم بذلك طبقا لما جاءت به المادة 118 من قانون المرافعات:" وللمحكمة ولو من تلقاء نفسها، أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة، أو لإظهار الحقيقة"

وأجاز التشريع المصري كذلك للشريك الذي تم تجاهله في القسمة القضائية أن يتدخل وذلك طبقا لأحكام المادة 126 من قانون المرافعات على انه:" يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضما لأحد الخصوم، أو طالبيا لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى، ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى

---

[1] – ق.إ.م.إ المادة 194: " يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريا أو وجوبيا.
لا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة.
يتم التدخل وفقا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى.
لا يقبل التدخل أمام جهة الإحالة بعد النقض، ما لم يتضمن قرار الإحالة خلاف ذلك."

[2] – Art.327. C.p. c.fr : " L'intervention en première instance ou en cause d'appel est volontaire ou forcée.
Seule est admise devant la Cour de cassation l'intervention volontaire formée à titre accessoire."

[3] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 911.

قبل يوم الجلسة، او بطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضورهم، ويثبت في محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة.[1]"

وهو الموقف الذي تبناه المشرع الأردني، والذي اشترط ادخال الشركاء الذين لم تشملهم الدعوى في المحاكمة، وذلك ليكون الحكم نافذا بحق الشركاء، إذ نص في المادة 114 من قانون أصول المحاكمات الأردني على أنه :" يجوز لمن له علاقة في دعوى قائمة بين الطرفين ويتأثر من نتيجة الحكم فيها أن يطلب إدخاله في الدعوى، فإذا اقتنعت المحكمة من تأثره فيما ذكر تقرر قبوله"[2].

ويرى الفقه الاسلامي أنه إذا رفعت دعوى القسمة ولم يختصم فيها جميع الشركاء، إما إغفالا من المدعى أو وإما عدم العلم به، وصدر بعد ذلك حكم بقسمة المال المشاع فيجب في هذه الحالة نقض القسمة لأن الشريك الذي لم يدخل في القسمة تضرر [3].

2-تكليف الخصم للحضور

بعد التماس القسمة من القضاء بعريضة، وبعد استفاء كل الشروط الشكلية الواجبة الاتباع لقبول عريضة دعوى القسمة شكلا، لابد من تكليف الخصم للحضور في الدعوى ليكون الحكم حجة عليه لا حجة له للتنصل من تنفيذ حكم القسمة بعد صدوره، ويقوم المحضر القضائي باعتباره الشخص المكلف قانونا بهذه المهمة[4]، بالتأكد من استفاء التكليف بالحضور مجموعة من البيانات تحت طائلة عدم قبوله شكلا،

[1] – زايد رجب أحمد البشبيشي، المرجع السابق، ص 172.

[2] – وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص 163.

[3] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 437.

[4] – القانون رقم 06-03 المؤرخ في 02/20/ 2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 2006/03/08، المادة 12:" يتولى المحضر القضائي:

– تبليغ العقود والسندات والإعلانات التي تنص عليها القوانين والتنظيمات مالم يحدد القانون طريقة أخرى للتبليغ.

– تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات القضائية الصادرة في جميع الجهات ماعدا المجال الجزائي، وكذا المحررات أو السندات في شكلها التنفيذي.

– القيام بمعاينات واستجوابات وإنذارات بناء على أمر قضائي دون إبداء رأيه.

– زيادة على ذلك، يمكن انتدابه قضائيا أو بالتماس من الخصوم للقيام بمعاينات مادية بحتة أو إنذارات دون استجواب، او تلقي تصريحات ناء على طلب الأطراف."

انطلاقا من هوية المحضر إلى جميع البيانات المتعلقة بالأطراف وتاريخ الجلسة الذي يتوجب على المدعى عليه أو المدعى عليهم الحضور فيه[1].

كما يجب احترام المدة المقررة قانونا والمحددة بعشرين يوما من تاريخ التكليف بالحضور إلى تاريخ أول جلسة، وتمدد هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا كان الخصم مقيم بالخارج[2]، بعد أن يتولى المحضر التكليف كما أسلفت الذكر، يقوم بتحرير محضر الذي يتضمن كذلك مجموعة من الشروط أهمها جميع البيانات المتعلقة بالمحضر(الاسم، اللقب، العنوان، الختم) وتوقيت التكليف بالحضور بدقة، والمعلومات المتعلقة بالأطراف، ويبين المحضر في المحضر أنه أعلم المبلغ له بطبيعة الوثيقة المبلغة، وأثر عدم حضوره في التاريخ المحدد في التكليف بالحضور[3].

---

[1]–ق.إ.م.إ المادة 18 : " يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات الآتية:

1 –اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته،

2 – اسم ولقب المدعي وموطنه،

3 – اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه،

4 – تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي،

5 – تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها."

[2] – – ق.إ.م.إ. المادة16 فقرة 3–4: " يجب احترام أجل عشرين (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة، مل لم ينص القانون على خلاف ذلك.
يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة (3) أشهر ، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما بالخارج ."

[3] – ق.إ.م.إ. المادة 19 : " مع مراعاة احكام المواد من 406 إلى 416 من هذا القانون، يسلم التكليف بالحضور للخصوم بواسطة المحضر القضائي، الذي يحرر محضرا يتضمن البيانات الآتية:

1– اسم ولقب المحضر القضائي، وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه، وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته،

2– اسم ولقب المدعي وموطنه،

3– اسم ولقب الشخص المبلغ له وموطنه، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي، واسم ولقب وصفة الشخص المبلغ له،

4– توقيع المبلغ له على المحضر، والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته، مع بيان رقمها وتاريخ صدورها،

5– تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له، مرفقا بنسخة من العريضة الافتتاحية، مؤشر عليها من أمين الضبط،

6– الاشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور، أو استحالة تسليمه، أو رفض التوقيع عليه،

7– وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر،

8– تنبيه المدعى عليه انه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور، سيصدر حكم ضده، بناء على ما قدمه المدعي من عناصر."

على الخصم المبلغ أن يحضر في التاريخ المحدد للجلسة الأولى المبين في التكليف بالحضور، إما شخصيا أو من طرف ممثله القانوني أو الاتفاقي[1]، وله أن يدفع ببطلان التكليف بالحضور قبل أي دفع في الموضوع، وهذا إذا لم يستوفي التكليف بالحضور البيانات المتطلبة قانونا[2].

وهو الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي الذي اشترط تكليف الخصم للحضور أمام المحكمة، والذي يقوم به المحضر القضائي، ليقوم المدعي بتكليف خصمه للمثول أمام القضاء[3]، وحدد البيانات التي يجب أن يستوفيها التكليف بالحضور تحت طائلة البطلان[4].

---

[1] – ق.إ.م.إ المادة 20 : " يحضر الخصوم في التاريخ المحدد في التكليف بالحضور شخصيا او بواسطة محاميهم أو وكلائهم."

[2] – ق.إ.م.إ المادة الفقرة الأخيرة 407 : " وإذا لم يتضمن محضر التبليغ الرسمي البيانات المشار إليها أعلاه ، يجوز للمطلوب تبليغه الدفع ببطلانه قبل إثارته لأي دفع او دفاع."

[3] – Art.55. C.p. c.fr : " L'assignation est l'acte d'huissier de justice par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge."

[4] – Art.56. C.p. c.fr : " L'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice :

1° L'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ;

2° L'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit ;

3° L'indication des modalités de comparution devant la juridiction et la précision que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire ;

4° Le cas échéant, les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier.

Elle comprend en outre l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée. Ces pièces sont énumérées sur un bordereau qui lui est annexé.

Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. Elle vaut conclusions."

3- الاختصاص في دعوى القسمة

الاختصاص هو سلطة المحكمة في النظر في قضايا معينة بغض النظر عن قيمتها بل طبقا لنوعها، وإضافة لاشتراط التشريعات الاختصاص لرفع دعوى القسمة، تطلب الفقه الاسلامي الاختصاص كذلك للفصل في دعوى القسمة بنوعيه، فقد أجاز الفقه الاسلامي تقييد القاضي بالفصل في منازعات بلدة معينة، أو في منازعات معينة[1].

أ- الاختصاص الإقليمي:

القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي أنه يؤول للجهة القضائية التي بقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، أو آخر موطن له إذا لم يعرف موطنه[2]، وإذا تعدد المدعى عليهم فيؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم[3].

ولكن دعوى القسمة من الدعاوى التي استثناها المشرع الجزائري من القاعدة العامة، ويؤول للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها العقار محل القسمة، أو موطن المتوفي في حالة الميراث[4].

وعدم الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام، وهو من الدفوع الشكلية التي يجب إثارتها قبل أي دفع في الموضوع، ويجب على الخصم أن يسبب طلبه ويبين الجهة القضائية محل الاختصاص[1]،

---

[1] - زايد أحمد رجب البشبيشي، المرجع السابق، 149.

[2] - ق.إ.م.إ المادة 37: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

[3] - ق.إ.م.إ المادة 38:" في حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم."

[4] - ق.إ.م.إ المادة 40 فقرة 1-2 :" فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة دون سواها:

1- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بعقار، او دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، اما المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، او المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

2- في مواد الميراث، دعاوى الطلاق والرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن...."

ويقوم القاضي بالاستجابة للدفع بعدم الاختصاص وذلك بحكم، وللقاضي أن يفصل في نفس الحكم موضوع النزاع بعد إعذار الخصوم للدفاع في الموضوع[2].

ويؤول الاختصاص وفقا للتشريع المصري لمحكمة موطن المدعي عليه كقاعدة عامة، ووفقا لمقتضيات المادة 41 من القانون المدني يعتبر موطنا المكان الذي يمارس فيه الشخص التجارة أو الحرفة، إلا أن التشريع المصري يميز بين ما إذا كان المال المشاع عقار أو منقول، فإذا كان المال المشاع منقول فإن الاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه وهذا ما نصت عليه المادة 49 من قانون المرافعات والتي أكدت على اختصام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ومن الحالات التي استثناها القانون المصري إذا تعلق الأمر بعقار والذي جعل الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه طبق للمادة 05 من قانون المرافعات بنصها:" في الدعاوى العينية العقارية، ودعاوى الحيازة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعا في دوائر متعددة"[3].

واشترط المشرع الفرنسي بدوره الاختصاص المحلي للمحكمة بالنظر في الدعوى المعروضة أمامه، واتخذ نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري، فالقاعدة العامة هي اختصاص محكمة موطن المدعى عليه[4]، والاستثناء في ما يتعلق بالمسائل العقارية المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها العقار[1]، وفي المسائل المتعلقة بالميراث، يؤول الاختصاص لمكان افتتاح التركة[2].

---

[1] – ق.إ.م.إ المادة 51: " يجب على الخصم الذي يدفع بعدم الاختصاص للجهة القضائية، ان يسبب طلبه، ويعين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها.
ولا يجوز للمدعي إثارة هذا الدفع."

[2] – ق.إ.م.إ المادة 52: " يفصل القاضي بحكم في الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي، ويمكنه عند الاقتضاء أن يفصل في نفس الحكم مع موضوع النزاع بعد إعذار الخصوم مسبقا شفاهة، لتقديم طلباتهم في الموضوع."

[3] – زايد رجب أحمد البشبيشي، المرجع السابق، ص 152.

[4] – Art.42. C.p. c.fr : " La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le.

S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux.

Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger."

وإذا رفعت دعوى أمام جهة قضائية غير مختصة، يجب على الخصم، تحت طائلة عدم قبول الدفع بعد الاختصاص، أن يعلل الخصم دفعه بأن يبين الجهة القضائية التي كان يجب رفع الدعوى أمامها[3].

وقد أجاز الفقه الاسلامي تقييد القاضي بالنظر في خصومات بلدة معينة، وبذلك لا يكون للقاضي ولاية على أية جهة أخرى سوى التي حددت له والاختصاص المحلي بنظر دعوى القسمة الاجبارية في الفقه الاسلامي هو محل خلاف بين رأيين:

يرى الاتجاه الأول أنه ينعقد الاختصاص إلى موطن المدعى عليه، وحجتهم في ذلك أن الأصل هو أن ذمة المدعى عليه بريئة وغير مشغولة بأي تكليف أو التزام، والمدعي هو الذي عليه أن يبادر إلى موطن المدعى عليه، هذا الأخير لا يجب تكليفه عناء الانتقال إلى موطن المدعي للدفاع عن نفسه.

بينما الرأي الثاني يذهب إلى أن الاختصاص إلى موطن المدعي وسندهم إلى ان الدعوى ما هي إلا حق قرره الشارع للمدعي، كما أن المدعي هو الذي أنشأ الخصومة فلعبرة تكون بقاضيه وليس قاضي خصمه.

والراجح في الفقه الاسلامي هو ما ذهب إليه دعاة الاتجاه الأول إلى عدم تكليف المدعى عليه عناء الانتقال، فمن يدعى حقا عليه أن يسعى إليه، كما يقع عليه عبء إثبات الحق، ولا يجوز تكليف المدعى عليه للانتقال لقاضي المدعى ليثبت مسألة في دعوى قد تحتمل الصحة كم تحتمل الكيد والعنت من الخصم، لذا تقضي مقتضيات العدالة لان يؤول الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه، وهو موقف التشريع القانوني المعاصر[4].

---

[1] – Art.44. C.p. c.fr : " En matière réelle immobilière, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble est seule compétente."

[2] – Art.45. C.p. c.fr : " En matière de succession, sont portées devant la juridiction dans le ressort de laquelle est ouverte la succession jusqu'au partage inclusivement :

– les demandes entre héritiers ;

– les demandes formées par les créanciers du défunt ;

– les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort."

[3] – Art.75. C.p. c.fr : "S'il est prétendu que la juridiction saisie est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée."

[4] – زايد أحمد رجب البشبيشي، المرجع السابق، ص 155.

يتضح من خلال ما سبق أن الفقه الاسلامي لا يختلف عما جاء به التشريع القانوني المعاصر فيما يتعلق بقواعد الاختصاص المحلي، سواء ما يتعلق منها بمحكمة العقار، أو ما تجعل الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه.

ب- الاختصاص النوعي:

الاختصاص النوعي هو سلطة جهة قضائية معينة للفصل دون غيرها في دعاوي معينة، فالمعيار هنا هو موضوع الدعوى وطبيعة النزاع و قواعد الاختصاص النوعي متعلقة بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفته ويثيره القاضي من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة كانت الدعوى[1].

والمحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام ، وقد جعل المشرع الجزائري في كل محكمة قسم ينظر في فئة معينة من القضايا رغبة منه لتنظيم جهاز القضاء[2].

وتفصل نفس الجهة القضائية في منازعات الشركاء المتقاسمين في أصل الملكية أو في الحصص أو في طبيعة الشيوع[3].

---

[1] – ق.إ.م.إ المادة 36:" عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى"

[2] – ق.إ.م.إ المادة 32:" المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام.

يمكن أيضا ان تتشكل من أقطاب متخصصة.

تفصل المحكمة في جميع القضايا، لا سيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا.

تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع .

غير انه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية.

في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني للنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق امانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا.

تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، والإفلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل الجوي، ومنازعات التأمينات.

تحدد مقرات الأقطاب المتخصصة، والجهات القضائية التابعة لها عن طريق التنظيم، تفصل الأقطاب المتخصصة بتشكيلة جماعية من ثلاث قضاة.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، عند الاقتضاء، عن طريق التنظيم."

[3] – ق.م.ج المادة 726: " تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة ما تعلق منها بتكوين الحصص."

فإذا تعلق الأمر بقسمة التركة كمصدر للشيوع فيؤول الاختصاص إلى قسم شؤون الأسرة، وإذا تعلق الأمر بعقارات مملوكة على الشيوع، والقسمة ومنازعات معالم الحدود فيؤول الاختصاص إلى القسم العقاري[1].

كما اشترط المشرع المصري أن يرفع النزاع للمحكمة المختصة نوعيا إذ نص في المادة 836 من القانون المدني على أنه: " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية"

وينص أيضا في المادة 838 على أنه :" تفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص، وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها.

فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية، وان تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات[2]"

وتنص كذلك المادة 43 من قانون المرافعات المصري والتي تعدلت بموجب القانون 23 لسنة 1993:" تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا إذا لم تتجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه فما يلي:

1- الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقي والمصارف.

---

[1] - ق.إ.م.إ المادة 512: " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:

1- في حق الملكية والحقوق العينية الأخرى والتأمينات العينية،

2- في الحيازة والتقادم وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق الاستغلال وحق السكن،

3- في نشاط الترقية العقارية،

4- **في الملكية المشتركة للعقارات المبنية والملكية على الشيوع،**

5- في إثبات الملكية العقارية،

6- في الشفعة،

7- في الهبات والوصايا المتعلقة بالعقارات،

8- في التنازل عن الملكية وحق الانتفاع،

9- في القسمة وتحديد المعالم،

10- في ايجار السكنات والمحلات المهنية،

11- في الايجارات الفلاحية."

[2] - ق.م.م.

2- دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمباني والأراضي والمنشآت الضارة إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع.

3- دعاوى قسمة المال الشائع."

نستخلص من النصوص السابقة الذكر أن الاختصاص النوعي في دعوى القسمة يؤول للمحكمة الجزئية و لم يحدد المشرع المصري قيمة هذه الأموال وذلك لسرعة البث وتعجيل إجراءات القسمة، ومن المنازعات التي تختص بها المحكمة الجزئية بغض النظر عن قيمتها، منازعات تكوين الحصص وكيفية القسمة وتسلم حق الشريك بعد القسمة نقدا أو عينا، أما المنازعات المتعلقة بملكية الحصة الشائعة ومنازعات التي تثار بشأن تصرف الشريك في الحصة الشائعة وغيرها فتختص بها المحكمة الجزئية إذا لم تفق قيمتها خمسة آلاف جنيه، أما إذا زادت عن هذه القيمة فتحيلها إلى المحكمة الابتدائية المختصة بنظرها، وتحدد الجلسة التي يجب على الأطراف أن يمتثلوا أمامها، ولا يشترط أن تودع صحيفة تودع لدى قلم كتاب المحكمة، لأن القضية ينظر فيها بناء على الإحالة من المحكمة الجزئية[1].

هذه الاجراءات السالفة الذكر تخص الشركاء الكاملين الأهلية، أما إذا كان بينهم من لا تتوفر لديه الأهلية، ففي هذه الحالة لا بد من مصادقة المحكمة الابتدائية على حكم القسمة باعتبارها محكمة استئنافية، وذلك بعد ان يصبح حكم المحكمة الجزئية نهائيا، ويتعلق هذا الاجراء بالشريك الذي لا تتوفر لديه الأهلية، او أو بالشريك الذي يمثله الوصي أو القيم أو وكيل الغائب، أما القاصر الذي يمثله الولي فلا يتقيد بهذا الإجراء.

وقد تصدر المحكمة الابتدائية إما حكما بالتصديق على حكم المحكمة الجزئية، وإما أن ترفض التصديق على الحكم، وفي هذه الحالة يتعين عليها أن تستدعي الأطراف وتقسم الأموال بنفسها وفق الأسس التي تراها مناسبة[2].

على خلاف التشريع الجزائري الذي منح المحكمة المختصة في دعوى القسمة، سلطة الفصل في المنازعات الأخرى المرتبطة بالشيوع غير القسمة، وذلك طبقا لأحكام المادة 726 السالفة الذكر، جعل المشرع المصري اختصاص المحكمة الجزئية في المنازعات التي تثار بجانب طلب القسمة محدد بمعيار مادي، فإذا فاقت قيمة النزاع مبلغ خمسة آلاف جنيه أحيلت القضية إلى المحكمة الابتدائية.

تجدر الاشارة في هذا الصدد أن المشرع الفرنسي ربط الشيوع بالميراث في أغلب مواد المنظمة للملكية الشائعة في القانون المدني الفرنسي، وكانه لا يعترف بمصادر أخرى للشيوع غير الميراث، على

---

[1] – زايد أحمد رجب البشبيشي، المرجع السابق، ص145.

[2] – نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، المرجع السابق، ص 167.

خلاف المشرع الجزائري الذي حسن ما فعله حينما نظم الشيوع في القانون المدني بصفة عامة دون تحديد مصر الشيوع ونظم تقسيم الميراث في قانون الأسرة الجزائري.

وقد جعل المشرع الفرنسي الاختصاص في قسمة التركة في محكمة التي يقع بدائرتها مكان افتتاح التركة، وتنظر نفس المحكمة في المنازعات المتعلقة بالمحافظة والبقاء على الشيوع والمنازعات المتعلقة بكيفية او عملية إجراء القسمة وتأمر كذلك بتصفية المال المشاع وذلك ببيعه بالمزاد العلني، كما تستجيب لطلبات الضمان بين الشركاء المتقاسمين وتنظر ذات المحكمة في الطلبات المتعلقة ببطلان القسمة أو تكملة الحصة[1].

كما أجاز الفقه الاسلامي تقييد القاضي بنوع معين من القضايا كالخصومة المدنية والتجارية أو الأحوال الشخصية، إذ يجوز تنصيب قاض للفصل في بلدة معينة بنوع معين من القضايا كالأموال فولاية القاضي قائمة مادامت المنازعة القائمة، كما أجاز الفقه الاسلامي تخصيص القضايا بمرحلة معينة أو بإجراء معين ، أو بتولي قضايا ذات قيمة معينة كأن يسند لقاض منازعات المتعلقة بالبيوع، أو المزايدات ولقاض آخر المنازعات المتعلقة بالزواج وما يتفرع عنه، كما يجوز تقييد القاضي في منازعات معينة في فترة محددة وتزول ولايته على تلك المنازعات بانتهاء مدته[2].

نستخلص في هذا الفرع من الأطروحة أن المشرع الجزائريساير نظيره المشرع الفرنسي والشريعة الاسلامي، في كون اللجوء إلى القسمة القضائية يتم في حالة فشل الشركاء في اقتسام المال المشاع بالتراضي واختلافهم حول القسمة، كما يشترط لالتماس القسمة من القضاء توافر شروط بعضها متفق عليه والبعض الآخر انفرد به تشريع معين.

من الشروط المتفق عليها هي الطلب القضائي وهو شرط اتفقت عليه جميع التشريعات بما في ذلك الفقه الاسلامي، فلا بد من طلب القسمة من القاضي من الشريك أو من الشخص الذي أذن له القانون ذلك، لأن القاضي لا يحكم بما لم يطلب منه.

و لما كانت الدعوى هي الحق المقرر للشريك في الشيوع، فقد يسيء استعماله، كما لو رفع دعوى قسمة في وقت غير مناسب بالنظر إلى طبيعة الشيوع، أو إضرارا بسائر الشركاء، فقد أجاز المشرع

---

[1]– Art.841 . C. c.fr : " Le tribunal du lieu d'ouverture de la succession est exclusivement compétent pour connaître de l'action en partage et des contestations qui s'élèvent soit à l'occasion du maintien de l'indivision soit au cours des opérations de partage. Il ordonne les licitations et statue sur les demandes relatives à la garantie des lots entre les copartageants et sur celles en nullité de partage ou en complément de part."

[2] – زايد أحمد رجب البشبيشي، المرجع السابق، ص151.

الفرنسي للشريك في الشيوع أن يطلب من القضاء تأجيل القسمة لسنتين أو أكثر، إذا لمصلحة الشريك المتقدم بالطلب أو مصلحة كل الشركاء[1].

من الشروط المتفق عليها أنه يشترط أن يكون النزاع مرفوع أمام قاضي مختص نوعيا واقليميا وذلك لضمان السير الحسن للعدالة، فالمنازعات المتعلقة بالعقارات المملوكة على الشيوع، يطرح النزاع أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها العقار، والمنازعات المتعلقة بالتركة، تطرح أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان افتتاح التركة.

اتفقت التشريعات القانونية المعاصرة على أن رافع الدعوى هو الشريك الذي يطلب قسمة المال المشاع، إلا أنها أجازت للغير الدائن أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه، ومثال ذلك المتصرف له في جزء مفرز من المال المشاع، وذلك على أساس الدعوى الغير مباشرة، أما المدعى عليه هو سائر الشركاء في الشيوع الذين يختصمهم الشريك رافع الدعوى، وإذا تخلف احد الشركاء عن دعوى القسمة جاز إدخاله أو ان يتدخل بمحض ارادته.

تتفق التشريعات القانونية المعاصرة مع الشريعة الاسلامية، في كون الحكم القاضي بقسمة مال مشاع بين شركاء في الشيوع ن والذي لم يتضمن كل الشركاء في الشيوع يكون حجة على من صدر بحقهم، ولا يكون كذلك على من تخلف في القسمة القضائية، وأجاز القانون الطعن فيها، ولم يجز الشرع هذا النوع من القسمة لأنها تسببت بضرر للشريك المتغيب عن القسمة.

اشترطت التشريعات القانونية الصفة والمصلحة لرفع دعوى القسمة أمام القضاء، وشروط شكلية أخرى تتمثل في شكل العريضة وشهرها إذا تعلق الأمر بحقوق عينية عقارية.

اشترط الفقه الاسلامي في القسمة القضائية شروط خاصة، منها أن يكون المقسوم في القسمة متحد الجنس والغاية من ذلك هو تحقيق العدالة بين الشركاء، وشرط آخر يتمثل في أن لا يكون في القسمة رد، والهدف من هذا الشرط هو عدم إجبار شريك في الشيوع بتقديم مال غير المال المشاع، بسبب ما قد يقع في نصيبه بعد القسمة.

كما اتفق الفقه الاسلامي مع ما جاء به التشريع القانوني المعاصر في عدم إجازة القسمة إذا ترتب عنها ضرر، واللجوء إلى صورة أخرى تتمثل في قسمة التصفية والتي سآتي على ذكرها بشيء من التفصيل.

---

[1] – François Xavier Testu, l'indivision, édition Dalloz, p42.

المطلب الثاني: الاستعانة بالخبرة الفنية لقسمة المال المشاع

بعد رفع دعوى أمام القضاء، واستفاء جميع الشروط الشكلية والموضوعية والإجرائية، يقوم القضاء بدوره في الاستجابة لطلب الخصم لقسمة المال المشاع، ويفصل في دعوى القسمة، ولكن قد يتعلق الأمر بمسائل فنية وتقنية يصعب على القاضي الالمام بها، لذى يلجأ إلى فئة من الأشخاص عينوا لهذا الغرض يسمون بالخبراء.

الخبير هو مساعد قضائي، وعضو في الأسرة القضائية، شخص تتوفر لديه المعرفة والالمام بأمور ذات طابع فني تقني، ويستعان به في حل المسائل المعقدة التي تحتاج ذوي الاختصاص، وليقبل الخبير يجب أن يكون نزيها، وغير متحيز، وأن يكون ملما بالمسائل التي سيكلف بها، وعليه أن يرفض إجراء الخبرة إذا لم تكن من اختصاصه[1]

ودعوى قسمة المال المشاع من الدعاوى التي تستدعي تدخل الخبير، ليقوم بعمليات التقويم والتحديد والتقدير وقد نص في هذا الصدد المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 724:" وتعين المحكمة، إن رأت وجها لذلك، خبيرا او أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا، إن كان المال يقبل القسمة عينا، دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته."

أول ما يمكن ان نستخلصه أن الخبير لا يستعان به في جميع دعاوى القسمة بل في الدعاوى ذات الطبيعة المعقدة، والتي قد يتعدد فيها الشركاء وتتشعب فيها حصص كل شريك لذى يتعين تعيين خبير ليساعد القاضي في القسمة، أما في القضايا البسيطة المتعلقة بالقسمة فلا حاجة للخبير، فمثلا لو تعلق الأمر بسند الملكية كمصدر للشيوع، وكان المقسوم يتعلق بقطعة أرضية ذات مساحة تقدر بمئتين متر مربع بين شريكين في الشيوع، فالقسمة هنا بسيطة، لا تحتاج أن يعين خبير ليقدر حصة كل واحد منهم بالنصف.

ولم يعرف المشرع الجزائري الخبرة ولكنه تطرق إلى الهدف من اللجوء إلى الخبرة إذ نص في المادة 125 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه:" تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية، أو علمية محضة للقاضي."

---

[1] – محمد واصل، حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء، المكتب الفني للنشر، طبعة 2004، ص 220.

وامكانية الاستعانة بالقضاء في دعوى القسمة لم ينفرد بها المشرع الجزائري فحسب، بل نصت عليها معظم التشريعات في نصوصها، إذ نص المشرع المصري في المادة 2/836 من القانون المدني على أنه:" وتندب المحكمة، إن رأت وجها لذلك، خبيرا او أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان يقبل القسمة عينا دون أن يلحق نقص كبير في قيمته[1]"

وتنص المادة 2/942 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه:" وعلى المحكمة ان تستعين بأهل الخبرة لتقويم المال الشائع وقسمته عينا دون أن تفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة، مع مراعاة خصائص كل قسم وتأمين استقلاله بقدر الامكان بحقوق الارتفاق[2]"

ونص قانون المرافعات الليبي في المادة 776 على أنه:" وتندب المحكمة إن رأت وجها لذلك، خبيرا أو أكثر لتقويم المال وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا، ويجوز أن يكون الخبير أحد الموثقين"[3].

وأجاز الفقه الاسلامي الاستعانة بأهل العلم والمعرفة في حل القضايا التي تطرح على القاضي، بما في ذلك قسمة المال المشاع، والأدلة في هذا الصدد كثيرة قال الله تعالى :" ﴿ وَمَآ أَرۡسَلۡنَا مِن قَبۡلِكَ إِلَّا رِجَالٗا نُّوحِيٓ إِلَيۡهِمۡۖ فَسۡـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ٤٣ ﴾ الآية 43 من سورة النحل، والراجح هو الاستعانة بأهل العلم والخبرة في كل فن أو باب من أبواب العلم[4]

---

[1] – ق.م.م.

[2] – ق.م.ع.ل.

[3] – إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 122.

[4] – عبد الناصر محمد شنيور، الإثبات بالخبرة، بين القضاء الاسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر، طبعة 2005، ص47.

الفرع الأول : تعيين الخبير لقسمة المال المشاع

يقوم القاضي بتعيين خبير أو أكثر استجابة لطلب الخصم أو من تلقاء نفسه[1]، وذلك من قائمة الخبراء المعتمدين[2]، أما إذا لم يكن الخبير المعين مسجل في قائمة الخبراء فعليه أن يؤدي اليمين أمام القاضي الآمر بالخبرة، ويتم إعداد محضر أداء اليمين ويوع مع ملف القضية[3].

يجب أن حدد الحكم الآمر بالخبرة كل البيانات المتعلقة بالخبير، والسبب من وراء الاستعانة بالخبرة، ويجب تحديد مهمة الخبير بدقة والأجل الذي يجب عليه إيداع تقرير الخبرة[4]، كما يحدد القاضي مبلغ التسبيق والذي يتمثل مبلغ يؤديه الخصم الذي يعينه القاضي لدى أمانة ضبط المحكمة، وذلك في مقابل أتعاب الخبير، كما يحدد القاضي أجل أيداع التسبيق والذي يترتب على تجاوزه إلغاء تعيين الخبير[5].

يستطيع الخصم أن يطلب من القاضي تمديد أجل إيداع مبلغ التسبيق، أو رفع إلغاء بتعيين الخبير بموجب أمر على عريضة[6].

---

[1] – ق.إ.م.إ المادة 126 :" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة."

[2] – المرسوم التنفيذي 95-310 المؤرخ في 10 أكتوبر 1995، الذي يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته، كما يحدد حقوقهم وواجباتهم، المادة 9:" يؤدي الخبراء القضائيين المقيدين أول مرة في قوائم المجالس القضائية اليمين المنصوص عليها في المادة 145 من قانون الاجراءات الجزائية.

ويتم إعداد محضر أداء اليمين الذي يحتفظ به في أرشيف المجلس القضائي، ليرجع إليه عند الحاجة."

[3] – ق.إ.م.إ المادة 131 :" يؤدي الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء، اليمين أمام القاضي المعين في الحكم الآمر بالخبرة."

[4] – ق.إ.م.إ المادة 128 :" يجب ان يتضمن الحكم الآمر بإجراء الخبرة ما يأتي:

1- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء،

2- بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعينين مع تحديد التخصص،

3- تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا،

4- تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط."

[5] – ق.إ.م.إ المادة 129 :" يحدد القاضي الآمر بالخبرة، مبلغ التسبيق، على أن يكون مقاربا قدر الامكان للمبلغ النهائي المحتمل لأتعاب ومصاريف الخبير.

يعين القاضي الخصم أو الخصوم الذين يتعين عليهم إيداع مبلغ التسبيق لدى أمانة الضبط في الأجل الذي يحدده.

يترتب على عدم إيداع التسبيق في الأجل المحدد اعتبار تعيين الخبير لاغيا."

[6] – ق.إ.م.إ المادة 130 :" يجوز للخصم الذي لم يودع مبلغ التسبيق، تقديم طلب تمديد الأجل أو رفع إلغاء تعيين الخبير بموجب أمر على عريضة، إذا أثبت أنه حسن النية."

بعد تعيين الخبير وتحديد المهام المنوطة بالخبير، يمكن لهذا الأخير أن يشرع في مهمته، كما يمكنه رفض إجراء الخبرة، إلا أنه يتعين عليه أن يخطر القاضي الذي عينه بطلب مسبب[1]، ويقوم القاضي بتعيين خبير آخر ليحل محله بموجب أمر على عريضة[2].

كما يجوز رد الخبير، من طرف أحد الخصوم وذلك خلال أجل ثمانية أيام من تاريخ تبليغه بتعيين الخبير، بموجب عريضة مسببة تقد إلى القاضي الآمر بالخبرة إذا كان للخبير علاقة شخصية مع الخصم أو مصلحة تربطه به[3].

لم ينص المشرع الفرنسي صراحة مثل ما فعل المشرع الجزائري على إمكانية الاستعانة بالخبرة الفنية لقسمة المال المشاع حين تنظيمه للملكية الشائعة، ولكن بالرجوع للقواعد العامة أجاز الاستعانة بالخبرة في القضايا التي تحتاج أكثر دقة وتوضيحا للقاضي ليتمكن من الفصل فيها[4]، إذ يقوم القاضي باختيار الخبير ضمن الخبراء المعينين وفقا للقانون 71- 498 المؤرخ في 29 جويلية 1971، المتضمن للخبراء القضائيين.

واشترط المشرع الفرنسي على غرار نظيره الجزائري أن يتضمن الحكم الآمر بالخبرة مجموعة من البيانات، في مقدمتها الأسباب التي دفعت القاضي باللجوء إلى الخبرة، واسم الخبير، والمهمة المطلوبة منه، ويحدد في نفس القرار مدة إجراء الخبرة[5]، وقد حددت المادة 2 من القانون 71-498 المتعلق

[1] – المرسوم التنفيذي 95-310، المادة 11:" يتعين على الخبير القضائي ان يقدم طلبا مسببا للطعن في الحالتين الآتيتين مع مراعاة الحالات الأخرى المنصوص عليها قانونا:

1- حين لا يستطيع أداء مهمته في ظروف تقيد من حرية عمله أو من شأنها ان تضر بصفته خبيرا قضائيا.

2-إذا سبق له ان أطلّع على القضية في نطاق آخر."

[2] – ق.إ.م.إ المادة 1/132 :" إذا رفض الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه او تعذر عليه ذلك، استبدل بغيره بموجب أمر على عريضة صادر عن القاضي الذي عينه."

[3] – ق.إ.م.إ المادة 133 :" إذا أراد احد الخصوم رد الخبير المعين، بقد عريضة تتضمن أسباب الرد، توجه إلى القاضي الذي أمر بالخبرة خلال ثمانية (8) أيام من تاريخ تبليغه بهذا التعيين، ويفصل دون تأخير في طلب الرد بأمر غير قابل لأي طعن.

لا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة او القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة او لوجود مصلحة شخصية او لأي سبب جدي آخر."

[4]– Art.263. C.p. c.fr : "L'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge."

[5] – Art.265. C.p. c.fr : " La décision qui ordonne l'expertise :

Expose les circonstances qui rendent nécessaire l'expertise et, s'il y a lieu, la nomination de plusieurs experts ou la désignation en tant qu'expert d'une personne ne figurant pas sur l'une

بالخبراء القضائيين، أنه بهدف مساعدة القضاة تحدد قائمة بالخبراء سنويا لدى المجلس القضائي، والذي يتم انتدابهم للقيام بالخبرة في المواد المدنية[1].

وعلى غرار المشرع الجزائري أجاز المشرع الفرنسي أن يستعين القاضي بأكثر من خبير في القضية المطروحة عليه، إذا رأى القاضي في ذلك ضرورة لحل القضية[2]، ويحدد القاضي في الحكم الأطراف التي يتوجب عليها دفع أتعاب الخبير لدى كاتب الضبط[3].

تحفظ وثائق القضية لدى كاتب الضبط بصفة مؤقتة، ويجوز للأطراف طلب ملف من بين الوثائق أو طلب نسخة بناء على ترخيص من القاضي، كما يجوز للخبير أن يطلع على الوثائق وملفات الأطراف قبل موافقته لإجراء الخبرة[4].

---

des listes établies en application de l'article 2 de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts
judiciaires ;
Nomme l'expert ou les experts ;
Enonce les chefs de la mission de l'expert ;
Impartit le délai dans lequel l'expert devra donner son avis."

[1] – Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires art 2 : "Il est établi chaque année, pour l'information des juges, une liste nationale, dressée par le bureau de la Cour de cassation, et une liste, dressée par chaque cour d'appel, des experts en matière civile."

[2] – Art.264. C.p. c.fr : "Il n'est désigné qu'une seule personne à titre d'expert à moins que le juge n'estime nécessaire d'en nommer plusieurs."

[3] – Art.267. C.p. c.fr : " Dès le prononcé de la décision nommant l'expert, le secrétaire de la juridiction lui en notifie copie par tout moyen. L'expert fait connaître sans délai au juge son acceptation ; il doit commencer les opérations d'expertise dès qu'il est averti que les parties ont consigné la provision mise à leur charge, ou le montant de la première échéance dont la consignation a pu être assortie, à moins que le juge ne lui enjoigne d'entreprendre immédiatement ses opérations."

[4] – Art.268/ 1er Alinéa. C.p. c.fr : " Les dossiers des parties ou les documents nécessaires à l'expertise sont provisoirement conservés au secrétariat de la juridiction sous réserve de l'autorisation donnée par le juge aux parties qui les ont remis d'en retirer certains éléments ou de s'en faire délivrer copie. L'expert peut les consulter même avant d'accepter sa mission."

واشترط المشرع المصري بدوره شروط في الخبير ليعتمد لإجراء قسمة المال المشاع، هذه الشروط حددها في المادة 18 من القانون رقم 96 لسنة 1952 المنظم لمهنة الخبير القضائي، وعلى غرار التشريع الجزائري اشترط المشرع المصري الجنسية المصرية ، وحيازة شهادة بكالوريوس، أو ليسانس أو ما يعادلها من المعاهد، ان يكون مرخصا لمزاولة المهنة، وشهادة له بالخبرة العملية والكفاءة، وأن لا يكون محكوم عليه بسبب إخلاله الآداب العامة أو الشرف، وبعد انتقاء الخبراء يتم تحليفهم أمام محاكم الاستئناف[1].

وقد سبق الفقه الاسلامي غيره من التشريعات في الاستعانة بذوي المعرفة و الخبرة في حل المسائل المطروحة، والأدلة عديدة[2]، ولم يجز الفقه الاسلامي على إجبار الشركاء على قاسم معين، ويفتح لهم المجال لاختيار قاسم من اختيارهم[3]، على أن يكون الخبير من ذوي المعرفة والتخصص في المسألة، واستدلوا الآية 43 من سورة النحل السالفة الذكر[4].

فذهب الحنفية والشافعي إلى أنه يمكن للإمام أن بندب خبيرا في كل بلد على أن يتخذ قاسما للمال المشاع، وتدفع أجرة القاسم من بيت المال، فإذا لم تكفي أجرة بيت المال أو لم يكن فيها كفاية، أمر القاضي الشركاء المتقاسمين من دفع أجرة القاسم[5].

وأجاز الفقه الاسلامي الاستعانة بأكثر من قاسم متى استدعت الحاجة إلى ذلك، فذهب بعض الشافعية إلى أنه يجب تعدد القاسمين في القسمة، سواء كان فيها تقويم او تعديل او لا، فيشترط أن ينصب القاضي قاسمين أو أكثر، وحجتهم في ذلك أن القاسم كالشاهد، فيشترط فيه نصاب الشهادة وهي اثنين فأكثر،

بينما ذهب بعض الشافعية والحنابلة وبعض المالكية، إلى أنه إذا كان في القسمة تقويم وتعديل للحصص فلا بد من تعدد القاسمين لأن التقويم حسب قولهم شهادة بالقيمة فلا بد من التعدد فيها ، أما إذا لم تشتمل القسمة على تقويم، فيكفي أن يقوم بالقسمة قاسم واحد، وذهب جمهور المالكية والحنفية إلى انه

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 130.

[2] – الآية 43 من سورة النحل قال الله تعالى﴿ وَمَآ أَرۡسَلۡنَا مِن قَبۡلِكَ إِلَّا رِجَالٗا نُّوحِيٓ إِلَيۡهِمۡۖ فَسۡـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ﴾ الآية " الآية 59 من سورة الفرقان، قال الله تعالى: " ﴿ ٱلَّذِي خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضَ وَمَا بَيۡنَهُمَا فِي سِتَّةِ أَيَّامٖ ثُمَّ ٱسۡتَوَىٰ عَلَى ٱلۡعَرۡشِۖ ٱلرَّحۡمَٰنُ فَسۡـَٔلۡ بِهِۦ خَبِيرٗا ﴾".

[3] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 114.

[4] – مراد محمود الشتيكات، الاثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، طبعة 2011، ص 124.

[5] – عبد الناصر محمد شنيور، المرجع السابق، ص 125.

يكفي قاسم واحد سواء كان في القسمة تعديل أو تقويم، ودليلهم ان عمل القاسم هو الاخبار عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب فيكفي فيه شخص واحد، وهو القول الراجح[1].

أما إذا لم يكن في البلدة قاسم معين مسبقا، فعلى القاضي المعروض أمامه النزاع أن يعين قاسما للقيام بالمهمة، وعلى خلاف التشريع الجزائري التي اشترط في الخبير الذي يتقدم بطلب التسجيل في قوائم الخبرة، مجموعة من البيانات التي تؤكد هويته، كالجنسية الجزائرية والشهادة الجامعية والتأهيل للقيام بالخبرة، إضافة إلى عدم توافر حالات المنع القانونية أو عدم الحكم عليه بعقوبة نهائية بسبب إخلاله بالآداب العامة والشرف[2]، اشترط الفقه الاسلامي شروط أخرى كالإسلام والعقل والبلوغ والذكورة والعلم بمسائل العلم والمساحة والقدرة على التقويم.

يشترط في القاسم وفقا للمذهب المالكي والحنبلي والشافعي أن يكون القاسم مسلما، فلا تجوز عندهم قيمة الكافر أو الذمي، وحجتهم أن الخبير كالقاضي ولا يجوز أن يقرر مسائل المسلمين قال الله تعالى: " ﴿١٤٠﴾ ٱلَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمۡ فَإِن كَانَ لَكُمۡ فَتۡحٞ مِّنَ ٱللَّهِ قَالُوٓاْ أَلَمۡ نَكُن مَّعَكُمۡ وَإِن كَانَ لِلۡكَٰفِرِينَ نَصِيبٞ قَالُوٓاْ أَلَمۡ نَسۡتَحۡوِذۡ عَلَيۡكُمۡ وَنَمۡنَعۡكُم مِّنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۚ فَٱللَّهُ يَحۡكُمُ بَيۡنَكُمۡ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِۗ وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴿١٤١﴾." الآية 141 من سورة النساء، بينما ذهب الحنفية إلى أنه كما يجوز للذمي أن يبيع فيجوز له أن يقسم للمسلمين.

---

[1] - محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 126.

[2] - المرسوم التنفيذي 95-310 المادة04 :" يجوز أن يسجل أي شخص طبيعي في قائمة الخبراء القضائيين، إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

1- أن تكون جنسيته جزائرية، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية،

2- أن تكون له شهادة جامعية، أو تأهيل مهني معين في الاختصاص الذي يطلب التسجيل فيه،

3- ان لا يكون قد تعرض لعقوبة نهائية بسبب ارتكابه لعقوبة نهائية بسبب ارتكابه وقائع مخلة بالآداب العامة أو الشرف،

4- أن لا يكون قد تعرض للإفلاس أو التسوية القضائية،

5- أن لا يكون ضابطا عموميا وقع خلعه أو عزله، أو محاميا شطب اسمه من نقابة المحامين، أو موظفا عزل بمقتضى إجراء تأديبي بسبب ارتكابه وقائع مخلة بالآداب العامة أو الشرف،

6- أن لا يكون قد منع بقرار قضائي من ممارسة المهنة،

7- أن يكون قد مارس هذه المهنة أو هذا النشاط في ظروف سمحت له أن يتحصل على تأهيل كاف لمدة لا تقل عن سبع (7) سنوات،

8- أن تعتمده السلطة الوصية على اختصاصه أو يسجل في قائمة تعدها هذه السلطة."

كما اتفقت المذاهب الأربعة على أن يكون القاسم بالغا عاقلا، فلا تجوز قسمة الصبي والمجنون، لأنهم ليسوا من أهل التصرف، كما اشترط المالكية والشافعية والحنابلة العدالة في القاسم، فلا تجوز عندهم قسمة الفاسق، بينما ذهب الحنفية إلى أن هذا الشرط من الشروط المستحبة لا الواجبة.

اشترط المالكية والشافعية في القاسم أن يكون ذكرا، بينما أجاز الحنابلة والحنفية قسمة المرأة[1]، وانفرد الشافعية بشروط خاصة أخر منها أن يكون القاسم سميعا بصيرا، وقاموا بالقياس على الشهادة فبالنسبة إليهم لا تجوز شهادة الأصم والكفيف والأبكم، ويضيف الشافعية أنه على القاسم أن يكون من أهل العفة والنزاهة فلا تقبل قسمة القاسم الذي يقبل الرشوة.

ومن شرو ط القاسم وفقا للمذاهب الأربعة أن يكون القاسم من العالمين بالمساحة والحساب، وذلك من أجل ايصال لكل ذي حق حقه ، فلا يجوز الاعتماد على قاسم جاهل بأمور الحساب والمساحة لأن من شأن ذلك أن يوقع الشركاء في الشيوع في الغلط، مما يؤدي إلى التنازع بين الشركاء، ويشترط الشافعية والمالكية إضافة إلى الدراية بالحساب والمساحة شرط القدرة على التقويم ، فالقاسم يجب أن يكون قادرا على تقويم المال وتقدير قيمته[2].

---

[1] - عبد الناصر محمد شنيور، المرجع السابق، ص 129.

[2] - نفس المرجع، ص 131.

الفرع الثاني : إعداد محضر التقويم والقسمة

يبدأ الخبير في مهمته المحددة في الأمر بإجراء خبرة، وفي قسمة المال المشاع، يقوم بتحديد حصة كل شريك في الشيوع، حتى ولو كانت القسمة جزئية، فإذا كانت القسمة جزئية يقوم الخبير بتقسيم جزء من المال المشاع إلى حصص ويحدد نصيب كل شريك في هذا الجزء.

ويرى جانب من الفقه أن قسمة المال المشاع عمليا تجرى في مكتب الخبير لا على أرض الواقع، كما أنه لم يسبق أن قام خبير عينته المحكمة بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب وفقا لما تقتضيه المادة 726 من القانون المدني، وأن العديد من الخبراء يطلبون أتعاب خارج الإطار القانوني.

ويضيف نفس الفقه أن بعض الخبراء لا ينتقلون إلى أرض الواقع، فلو تعلق الأمر بقسمة قطعة أرضية لشركاء يملك احدهم النصف والآخر الثلث وشريك آخر السدس، يطلب الخبير من الخصوم إحظار الوثاق المتطلبة قانونا ومنها خريطة الأرض ويقوم من خلال مكتبه بتلوين القطع بعد تحديد الحصص ويقم تقريرا للقاضي والذي غالبا ما يصادق عليه، ويأخذ برأي الخبير للفصل في دعوى القسمة[1].

إن القسمة على هذا النحو هي مخالفة للقانون، لأن المشرع الجزائري حدد في قانون الاجراءات المدنية والادارية المهام التي يجب على الخبير القيام بها، من ترجمة للوثائق[2]، والاستعانة بالقاضي للفصل في الاشكالات التي تعتري المحضر من خلال القيام بمهامه[3]، وكون القانون منح للخبير الحق في طلب المستندات[4]

لا يعطيه الحق في إهمال الطريقة السليمة لإجراء القسمة.

[1] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 109.

[2] – ق.إ.م.إ المادة 134:" إذا تطلب الأمر أثناء القيام بالخبرة، اللجوء إلى ترجمة مكتوبة او شفوية بواسطة مترجم، يختار الخبير مترجما من بين المترجمين المعتمدين أو يرجع إلى القاضي في ذلك."

[3] – ق.إ.م.إ المادة 136:" يرفع الخبير تقريرا عن جميع الاشكالات التي تعترض تنفيذ مهمته، كما يمكنه عند الضرورة طلب تمديد المهمة.

يأمر القاضي باتخاذ أي تدبير يراه ضروريا."

[4] – ق.إ.م.إ المادة 137:" يجوز للخبير أن يطلب من الخصوم تقديم المستندات التي راها ضرورية لإنجاز مهمته دون تأخير.

يطلع الخبير القاضي على أي إشكال يعترضه، ويمكن للقاضي أن يأمر الخصوم، تحت طائلة غرامة تهديدية، بتقديم المستندات.

يجوز للجهة القضائية ان تستخلص الآثار القانونية المترتبة على امتناع الخصوم عن تقديم المستندات."

وهنا يلعب القضاء دورا مهما في تقدير العمل الذي قام به الخبير، فله أن يأمر باستكمال الخبرة أو إعادة الأمر بها لخبير آخر إذا رأى ان التقرير لم يتضمن معلومات كافية[1]، وإذا تقاعس الخبير في تقديم التقرير وفق الأجل المحدد أو رفض إجراء الخبرة دون سبب محدد، منح القانون القاضي الحق في الحكم عليه بالمصاريف والتعويضات المدنية[2]، كما لا يسوغ للخبير أن يطلب من الخصوم أتعاب لأنها سبق أن تم إيداع مبلغ التسبيق لدى كتابة ضبط المحكمة، وكل مبلغ يأخذه الخبير من الشركاء في الشيوع يؤدي بالخبير زيادة على شطبه من جدول الخبراء و بطلان تقرير الخبرة[3]، التعرض لعقوبات تأديبية[4]، وعليه أن يبدي السرية في كل ما توصل إليه ، وفي الحالة المخالفة يتعرض لعقوبة جزائية تتراوح من الحبس سنتين إلى خمس سنوات وبعقوبة مالية تصل إلى 100.000 دج[5].

كما يتعرض الخبير لعقوبات سالبة للحرية إذا أبدى رأيا كاذبا ويبني تقرير غير مطابق للواقع، تتراوح من الحبس سنتين إلى خمس سنوات وبعقوبة مالية تصل إلى 100.000 دج وتصل العقوبة إلى

---

[1] – ق.إ.م.إ المادة 141:" إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية، له ان يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الايضاحات والمعلومات الضرورية."

[2] – ق.إ.م.إ المادة2/132 :" إذا قبل الخبير المهمة ولم يقم بها او لم ينجز تقريره أو لم يودعه في الأجل المحدد، جاز الحكم عليه بكل ما تسبب فيه من مصاريف، وعند الاقتضاء، الحكم عليه بالتعويضات المدنية، ويمكن علاوة على ذلك استبداله."

[3] – ق.إ.م.إ المادة140:" لا يجوز للخصم بأي حال من الأحوال، أداء تسبيقات عن الأتعاب والمصاريف، مباشرة للخبير. يترتب على قبول الخبير، المقيد في الجدول، هذه التسبيقات شطبه من قائمة الخبراء وبطلان الخبرة."

[4] – المرسوم التنفيذي 95–310، المادة 19:" كل خبير قضائي يخل بالتزاماته المرتبطة بهذه الصفة، وبالالتزامات الناتجة عن أداء مهنته، يتعرض لإحدى العقوبات الآتية دون المساس بالعقوبات المدنية والجزائية المحتملة:
– الإنذار،
– التوبيخ،
– التوقيف مدة لا تتجاوز ثلاث (3) سنوات،
– الشطب النهائي."

[5] – المرسوم التنفيذي 95–310 المادة 18: " يتعرض الخبير الذي يفشي الأسرار التي أطلع عليها أثناء تأدية مهمته إلى العقوبات المنصوص عليها في المادة 302 من قانون العقوبات."

عشر سنوات إذا تلقى وعودا من أحد الشركاء في الشيوع أو مكافئة وذلك ليكون تقرير الخبرة خادما لمصالحه[1].

وحتى ولو قام الخبير مهمته على أحسن وجه، يبقى تقريره غير ملزم للقاضي، ولهذا الأخير أن يستبعد تقرير الخبير كليا أو جزئيا[2]، وله أن يأمر بتعيين خبير آخر ليقوم بقسمة المال المشاع، إذا لم يكن مقتنعا بالخبرة بشرط أن يسبب حكمه[3]، أما بالنسبة للخصوم فلا يجوز لهم استئناف الحكم الآمر بالخبرة أو الطعن فيه بالنقض إلا مع الحكم الفاصل في دعوى القسمة[4].

ومع ذلك تبقى الخبرة ضرورية يلجأ غليها القضاة في القسمة، خاصة منها التي تتشعب فيها الأنصبة، ويتعدد فيها عدد الشركاء في الشيوع، فيجد القاضي نفسه ملزما بتعيين خبير ليضع مشروع القسمة، فالخبرة على هذا النحو ملزمة للخبير فعليه أن يقوم بها في الأجل المحدد، وهي غير ملزمة للقاضي إذا لم يقتنع بها[5]، غير أن القاضي حين استبعاده للخبرة أن يسبب رأيه كما أسلفت الذكر، بينما إذا إذا بنى القاضي حكمه على تقريري الخبرة وصادق عليه فلا يجب عليه تسبيب ذلك، وهذا ما اكدته المحكمة العليا فير قرار لها تحت رقم 76339، والتي اكدت على أن لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في الأخذ والمصادقة على تقرير الخبرة[6].

---

[1] – ق.ع.ج المادة 238: " الخبير المعين من السلطة القضائية الذي يبدي شفاهة او كتابة رأيا كاذبا أو يؤيد وقائع يعلم أنها غير مطابقة للحقيقة وذلك في أي مرحلة كانت عليها الاجراءات تطبق عليه العقوبات المقررة لشهادة الزور وفقا للتقسيم المنصوص عليه في المواد من 232 إلى 235."

[2] – بغاشي كريمة، الخبرة القضائية في المواد المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، للنشر لسنة 2009، ص167.

[3] – ق.إ.م.إ المادة 144:" يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.

القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة."

[4] – ق.إ.م.إ المادة 145:" لا يجوز استئناف الحكم الآمر بالخبرة أو الطعن فيه بالنقض، إلا مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع.

لا يمكن ان تشكل المناقشات المتعلقة بعناصر الخبرة، أسبابا لاستئناف الحكم أو الطعن فيه بالنقض، إذا لم تكن قد أثيرت مسبقا أمام الجهة القضائية التي فصلت في نتائج الخبرة."

[5] – محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة للنشر، طبعة 2007، ص59.

[6] – الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، سايس جمال، منشورات كليك، الجزء الأول، الطبعة الثانية لسنة 2013، ص79.

وفقا للتشريع الفرنسي يجب على الخبير أن يخطر القاضي بتقدمه في الخبرة، ويجوز له طلب من الأطراف الوثائق التي تساعده وتقيده في إنجاز مهمته، وله أن يستعين بالقاضي في ذلك، وللقاضي أن يجبر الأطراف تحت طائلة الغرامة التهديدية تقديم الوثائق الضرورية[1].

وعلى خلاف التشريع الجزائري، يجوز استئناف الحكم الآمر بالخبرة بصفة منفردة على الحكم الذي يقضي في الموضوع، بناء على ترخيص من الرئيس الأول للمجلس القضائي إذا برر ذلك واستند على أسباب جدية وشرعية، ويجب على الأطراف التي تريد استئناف القرار الذي يقضي بإجراء الخبرة، أن يخطر الرئيس الأول للمجلس القضائي والذي يقضي على وجه الاستعجال في الاستئناف[2].

وعلى خلاف المشرع الجزائري الذي ألزم الخبير بوضع تقريريه في الأجل المحدد تحت طائلة تحميله المصاريف والتعويضات اللازمة، أجاز المشرع الفرنسي ضمن حالات خاصة إذا كان القاضي في خضم الفصل في الموضوع بصفة مباشرة ونهائية، أن يستمع لرأي الخبير ويستطلع على ما توصل إليه شفاهة أثناء الجلسة، وتدون أقواله في محضر يرفق بالملف.

أما في الحالات العادية يجب على الخبير وفقا للأجل الذي حدده القاضي في الحكم الآمر بالخبرة أن يودع تقريره كتابة لدى أمانة ضبط المحكمة، أما إذا تعدد الخبراء وتباينت مواقفهم فعلى كل خبير ان يقدم تقريره و ما توصل إليه، ودون حاجة إلى التبرير الذي ألزم به المشرع الجزائري الخبراء إذا اختلفت آرائهم حول الخبرة[3].

---

[1] – Art.275. C.p. c.fr : " Les parties doivent remettre sans délai à l'expert tous les documents que celui-ci estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission. En cas de carence des parties, l'expert en informe le juge qui peut ordonner la production des documents, s'il y a lieu sous astreinte, ou bien, le cas échéant, l'autoriser à passer outre ou à déposer son rapport en l'état. La juridiction de jugement peut tirer toute conséquence de droit du défaut de communication des documents à l'expert."

[2] – Art.272/1-2 Alinéa C.p. c.fr : " La décision ordonnant l'expertise peut être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond sur autorisation du premier président de la cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime. La partie qui veut faire appel saisit le premier président qui statue en la forme des référés."

[3]– Art.282/ 1-2-3 Alinéa C.p. c.fr : " Si l'avis n'exige pas de développements écrits, le juge peut autoriser l'expert à l'exposer oralement à l'audience ;

il en est dressé procès-verbal. La rédaction du procès-verbal peut toutefois être suppléée par une mention dans le jugement si l'affaire est immédiatement jugée en dernier ressort.

وذهب المشرع المصري على أنه يجب ان يمنح للخبير أجرة على المجهود الذي بذله، فبعد أن يعد المحضر ويضع تحت تصرف القضاء، يأمر هذا الأخير بمنح الخبير أجرته، والتي تحدد على أساس صعوبة المهمة والمصاريف والنفقات وقيمة الدعوى[1].

و هو ما ذهب إليه الفقه الاسلامي بأن القاسم بعد انتهاء مهمته تمنح له أجرة على المجهود الذي بذله، ويأمر القاضي بمنح القاسم أجرته من بيت المال، ولا يجوز للقاسم أن يأخذ أجرته من المتقاسمين ما لم يأمر القاضي بخلاف ذلك، وقد روي أن عليا رضي الله عنه اتخذ قاسما، وجعل له رزقا من بيت المال، ويجوز تحميل المتقاسمين أجرة القاسم، إذا لم يكن في بيت المال شيء، أو كان هناك مصاريف أهم من ذلك يجب دفعها[2].

ما نستنتجه في هذا الفرع أن الاستعانة بالخبرة ضروري لإنارة القاضي، وتسهيل مهمته في قسمة المال المشاع، وفي الأغلب يحكم القاضي بما يقرره محضر الخبرة، فحتى ولو كان رأي الخبير غير ملزما إلا أنه يبقى ضروري بل وفعال لمعرفة كيفية إجراء القسمة.

وقد اتفق التشريع الجزائري والمصري والفرنسي في ضرورة توافر شرو معينة في الخبير القضائي، ليكون أهلا للخبرة، وأجازت كل التشريعات كذلك إمكانية الاستعانة بأكثر من خبير إذا دعت الضرورة لذلك.

ما يميز التشريع الجزائري عن الفرنسي أن التشريع الجزائري أمر الخبراء حين تعددهم في قسمة المال المشاع أن يعدوا تقريرا موحدا وفي حالة اختلافهم فرض عليهم تسبيب اختلاف آرائهم، وهذا ما لا نجده في التشريع الفرنسي الذي منح الحرية للخبراء في القسمة أن يبدوا أراءهم حتى ولو كانت مختلفة ودون الحاجة على تبرير ذلك.

Dans les autres cas, l'expert doit déposer un rapport au secrétariat de la juridiction. Il n'est rédigé qu'un seul rapport, même s'il y a plusieurs experts ;

en cas de divergence, chacun indique son opinion. Si l'expert a recueilli l'avis d'un autre technicien dans une spécialité distincte de la sienne, cet avis est joint, selon le cas, au rapport, au procès-verbal d'audience ou au dossier."

[1] – محمد عبد الرحمان اضويني، المرجع السابق، ص 139.

[2] – محمد عبد الرحمان اضويني، المرجع السابق، ص 132.

ومن أوجه الاختلاف كذلك أن التشريع الجزائري منع الطعن في الحكم الآمر بإجراء الخبرة منفردا عم الحكم الفاصل في الموضوع، بينما أجاز المشرع الفرنسي ذلك، وأعطى الحق للقاضي الفاصل في الطعن في الحكم الامر بالخبرة.

في مقابل اشتراط التشريعات القانونية المعاصرة الجنسية والكفاءة والتأهيل، اشترط الفقه الاسلامي الدين والعقل والبلوغ، والمعرفة بأمور الحساب والمساحة، والعدالة وذلك ليقوم الخبير بمهمته على أحسن وجه.

وما نستخلصه في هذا المطلب، أن القسمة القضائية وسيلة في يد الشركاء لاقتسام المال المشاع، إذ يتولى القضاء عملية القسمة بالاستعانة بأهل الفن والمعرفة للحرص على التقسيم السليم للمال المشاع.

وللجوء إلى القسمة القضائية لا بد من توافر شروط موضوعية تتمثل التباين في الآراء حول القسمة، والطلب القضائي، وتوفر صفة الشريك في رافع الدعوى، والمصلحة والأهلية، وتوافر شروط شكلية تتمثل في مجموعة من البيانات التي يجب أن تتوفر في عريضة دعوى القسمة، وشهرها بالمحافظة العقارية إذا كان موضوع القسمة عقار، واتباع الاجراءات المتطلبة قانونا، من استفاء لشروط الاختصاص القضائي في الفصل في دعوى القسمة، وأن ترفع الدعوى ضد كل الشركاء، ويجب تكليفهم بالحضور أمام المحكمة المختصة ليكونوا ملزمين بما تقضي به.

والقضاء بدوره يلجأ غالبا في دعوى القسمة إلى ذوي المعرفة والفن، خاصة في القسمات المعقدة، إذ يعين خبير أو اكثر ليعد مشروع القسمة، ويقدم تقريريه في الأجل المحدد، وللقاضي السلطة التقديرية في الأخذ أو عدم الأخذ برأي الخبير، غير أن يلتزم في هذه الصورة الأخيرة بتسبيب رأيه في استعاد رأي الخبير.

وفي حوصلة هذا المبحث نقول أن الوسيلة المثالية للقضاء على الشيوع ومشاكله هي بالاتفاق وديا بين الشركاء لاقتسام المال المشاع بينهم وفقا للشكل الذي حدده القانون، ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، لأن ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يقضي بالبقاء على الشيوع يبقى مآل الشيوع هو الزوال بطريق القسمة، لأن حق طلب القسمة مكفول بنص قانوني، كما أن اللجوء إلى الصورة الثاني من شأنه أن يأخذ وقتا أطول في رفع الدعوى إلى حين الفصل نهائيا في دعوى القسمة، وسلوك طريق القضاء لاقتسام المال من شأنه أن يكلف الشركاء، وخاصة رافع الدعوى والذي قد يكون نصيبه ضئيل في المال المشاع، وتكليفه بالقيام بالتبليغات والمصاريف الأخرى للقضية، كالتسبيق المالي الذي يودعه لدى أمانة الضبط المتعلق بالخبرة، يؤدي إلى إثقال كاهل الشريك ماديا، هذا ما لم يتقرر بيع المال المشاع بالمزاد العلني لعدم إمكانية قسمته.

ومهما كانت صورة القسمة التي تقضي على المال المشاع، باتفاق الشركاء، أو باختلافهم ولجوئهم إلى القضاء، فلا بد لتمام القسمة وصحتها أن تكون القسمة خالية من أي شائبة أو عيب، والذي من شأنه أن يفتح المجال للطعن فيها بأحد الأوجه المقررة قانونا. وسواء تعلق الأمر بقسمة المال المشاع رضاء أو قضاء يجوز أن يطعن فيها بالوسائل المقررة قانونا، متى توافرت في الطاعن الشروط والأسس التي تخوله لذلك، والتي سأتعرض لها بشيء من التفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب من الأطروحة.

الفصل الثاني: أوجه الطعن في القسمة التي تقضي على الشيوع

تتجسد القسمة التي تقضي على المال المشاع في صورتين، الأولى تتمثل في اتفاق الشركاء فيما بينهم، لقسمة المال المشاع، و القانون رسم شروط وشكل القسمة الاتفاقية ووضع ضوابط لها، والصورة الثانية للقسمة تتمثل في اللجوء إلى القضاء وهذا الصنف الثاني بدوره وضه له المشرع أحكام تضبطه، ولكن قد يتخلل أحد هذين الصنفين من القسمة شائبة أو عيب، أو قد يتخلف ركن من أركانها ما يفتح زاوية للطعن فيها، كما أن الحكم الذي يقضي بقسمة قد لا يرضى به أحد الشركاء، أو أن يطرأ على القسمة ما يجيز نقضها وإعادتها من جديد، أو أن الخبير الذي عينه القاضي لإعداد مشروع القسمة لم ينجز العمل كما يجب، كما لو لم يقسم المال كما يجب وفقا للأنصبة أو أنه أغفل نصيب أحد الشركاء المتغيب عن القسمة، ما يجعل الحكم القاضي بقسمة المال المشاع معرض للطعن بأحد الأوجه المقررة قانونا.

وتختلف أوجه الطعن من صورة للقسمة لأخرى، بل وحتى تختلف أوجه الطعن في الصورة الواحدة في قسمة المال المشاع، وذلك حسب العيب أو الركن الذي تخلف والذي جعلها معرضة للطعن، سأحاول من خلال هذا المبحث الالمام بمختلف الأوجه المتوقعة للطعن في قسمة المال المشاع، والتفصيل في كل حالة يمكن أن تعتري أو تطرأ على قسمة المال المشاع سواء كان الطاعن هو أحد الشركاء المتقاسمين، أو من لديه مصلحة في القسمة.

المبحث الأول: أوجه الطعن في القسمة المقررة للشركاء في الشيوع

قد يتخلل القسمة عيب ما أو يتخلف شرط من شروطها ما يعرضها للطعن، ومن أكثر الأوجه المقررة في القسمة والتي عالجتها مختلف التشريعات بما في ذلك التشريع الجزائري هي الأوجه المقررة للقسمة كعقد، سأركز في هذا المطلب على أوجه الطعن في القسمة الاتفاقية لكثر المشاكل التي قد تثيرها، ولتعدد الخروقات التي يرتكبها الشركاء إزاء بعضهم البعض ما يعرض القسمة للطعن، أما القسمة القضائية فتحيط المتقاسمين بالعديد من الضمانات أهمها أن القاضي طرف أجنبي عن الشيوع هو الذي سيتولى القسمة وفقا لما يقضي به القانون، آخذ بعين الاعتبار حصة كل شريك في الشيوع، ومستعينا بما يتضمنه تقرير أصحاب الفن والمعرفة من الخبراء، بل ومن الضمانات أن أجاز التشريع الاستعانة بأكثر من خبير في قسمة المال المشاع.

والقسمة القضائية بالرغم من الضمانات التي تحيط بها، إلا أنها تبقى حكم فاصل في مسألة القسمة يجوز الطعن فيه وفقا الطرق المقررة للطعن في الأحكام القضائية، متى استوفى الحكم شروط الطعن به والآجال القانونية التي حددها المشرع.

والقسمة الاتفاقية عقد لابد لانعقاده أن تتوافر شروطه الموضوعية من توافق ورضا الشركاء على اقتسام المال المشاع ويجب أن يكون هذا الرضا سليم من أي عيب أو شائبة من شأنها أن تفتح مجال للطعن في القسمة

ومن الأوجه المقررة للطعن في القسمة الاتفاقية الغبن، هذا الأخير الذي أفرد له المشرع الجزائري نص خاص وتضمنه في أحكام الملكية الشائعة، ونظرا لخصوصية هذا الوجه سأخصص له فرعا خاصا به، بينما باقي الأوجه الأخرى المقررة للطعن في القسمة القضائية مستمدة من الأحكام العامة للعقود، على اعتبار أن القسمة الاتفاقية عقد تنطبق عليه الأحكام العامة في العقود.

وتتميز الأوجه المقررة في الطعن في القسمة كعقد، أن بعضها يؤدي إلى قابلية عقد القسمة للإبطال، كأن يكون رضا الشركاء معيب بغلط أو إكراه من طرف الشركاء، أو أن أحد الشركاء استخدم طرق احتيالية لينال رضا الشركاء في القسمة، أو أن أحد الشركاء غير كامل الأهلية ليبرم عقد القسمة مع سائر الشركاء.

سأركز على أهم الأوجه المقررة للطعن في القسمة والمنتشرة في الحياة العملية، والتي يتقرر بموجبها لصاحب الحق الطعن في القسمة التي تقضي على المال المشاع.

المطلب الأول: الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن

أجاز المشرع الجزائري للشريك في الشيوع والذي لحقه غبن من جراء القسمة أن يطعن فيها وفقا لنص المادة 732 من القانون المدني[1]، ولكن قبل التطرق إلى شروط الغبن في القسمة وكيفية الطعن فيها، يجدر بداية أن أعرف الغبن.

الغبن لغة: من غبن وغبنا، غبنت الشيء غبنا أي نسيته وضيعته، وغبن فيه أغفله وجهله، والغبن النسيان، ويقال كذلك أن الغبن هو الضعف في الرأي.

والغبن في البيع والشراء الوكس، وغبنه في المبادلة أي خدعه، ويقال غبنه في البيع والشراء غلبه فانغبن، والتغابن أن يغبن القوم بعضهم بعض[2]، قال الله تعالى:" ﴿٨﴾ يَوْمَ يَجْمَعُكُمْ لِيَوْمِ ٱلْجَمْعِ ۖ ذَٰلِكَ يَوْمُ ٱلتَّغَابُنِ ۗ وَمَن يُؤْمِنۢ بِٱللَّهِ وَيَعْمَلْ صَٰلِحًا يُكَفِّرْ عَنْهُ سَيِّـَٔاتِهِۦ وَيُدْخِلْهُ جَنَّٰتٍ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَآ أَبَدًا ۚ ذَٰلِكَ ٱلْفَوْزُ ٱلْعَظِيمُ ﴿٩﴾ سورة التغابن الآية09.

الغبن في القانون: لم يعرف المشرع الجزائري الغبن مثل ما فعل مع باقي عيوب الرضا، واكتفى بذكر شروطه وآثاره تاركا مهمة التعريف للفقه القانوني، وعرف هذا الأخير الغبن أنه ذلك التفاوت وعدم التعادل بين ما يأخذه طرف في مقابل ما يعطيه الطرف الآخر في عقود المعاوضة وقت إتمام العقد، ويعرف أنه عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقود التبادلية، بحيث يختل التوازن بين المتعاقدين ويصبح بينهما فرق كبير يؤدي بطرف إلى خسارة بالنظر إلى سعر السوق.

بينما عرفه قانون الموجبات اللبناني في المادة 213 من القانون المدني على أنه" التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق، ولموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض[3]."

---

[1] – ق.م.ج المادة 732:" يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته."

2– ابى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، دار صادر للنشر، دون تاريخ نشر، ص 309.

[3] – ق.م.ع.ل.

وفي منظور الفقه الاسلامي الغبن هو النقص في أحد العوضين على أن يكون أحدهما أقل مما يساوي عند إبرام العقد، فهو من جهة الغابن تمليك بما يزيد عن قيمة الشيء، بينما من جهة المغبون هو تمليك المال بأكثر من قيمته[1].

الفرع الأول : شروط الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن

لجواز الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن لابد من توافر شروط، حددها المشرع الجزائري في نص المادة 732 وفي نصوص اخرى من القانون المدني وهي كالآتي:

أولا: يجب أن تكون القسمة رضائية:

ليتمكن الشريك من الشيوع الطعن في القسمة يجب أن تكون قد تمت رضاء وهذا ما نص عليه المشرع صراحة بقوله "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي" من المادة 732 السالفة الذكر، فلا مجال للطعن في القسمة القضائية للغبن لأن المحكمة تسعى إلى التوزيع السليم للمال بين الشركاء ولها أن تلجا لذوي المعرفة والفن من الخبراء في سبيل تحقيق ذلك كما لا يمكن الطعن في قسمة التصفية، هذا الصنف من القسمة هو طريقة من طرق قسمة المال المشاع، إذ يتم بيع المال بالمزاد واقتسام ثمن المال بين الشركاء كل حسب حصته، إذ نص المشرع في هذا الصدد في المادة 360 على أنه: " لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون."

والهدف من هذا المنع هو إعطاء نوع من الحصانة للتصرفات التي تجرى تحت أنظار الدولة، سواء كان القائم على البيع القاضي أو محافظ البيع بالمزاد العلني، ويشترط في البيع بالمزاد الذي يحظر الطعن فيه للغبن، أن يتولى القضاء الأمر به ويتم تحت إشرافه، وعلى ذلك المزاد الذي ينظمه الشركاء في الشيوع بمحض إرادتهم لا يسري عليه هذا المنع و لا تشمله الحصانة التي قررها القانون، وبالتالي يجوز الطعن في البيع على أساس الغبن متى توافرت شروطه الأخرى[2].

وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المصري إذ نص في المادة 845 من القانون المدني فقرة أولى على أنه "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة[3]" فيقتصر نطاق الطعن في

---

[1] – محمود على الرشدان، الغبن في القانون المدني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، طبعة 2010، ص22.
[2] – محمود علي الرشدان، المرجع السابق، ص 45.
[3] – ق.م.م.

القسمة للغبن على قسمة التراضي دون قسمة القضاء، ودون قسمة المهايأة كذلك لأنها قسمة وقتية، وتنقض القسمة بغض النظر عن طبيعة المال عقار كان أو منقول[1].

وذهب المشرع الأردني بدوره إلى جواز الطعن في القسمة الرضائية، وأجاز للشريك المغبون أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة الاتفاقية إذا لحقه غبن فاحش، إذ نص في المادة 1050 من القانون الأردني على أنه:" يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة وإعادتها عادلة." فبالرغم من الصياغة المختلفة إلا ان المشرع الجزائري يتفق مع نظيره الجزائري في ‘مكانية الطعن في القسمة الرضائية إذ لحق أحد الشركاء المتقاسمين غبن فاحش[2].

وساير المشرع الليبي نظيره الجزائري والمصري بأن أجاز نقض القسمة للغبن إذ نص في المادة 849 من القانون المدني على أنه." يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة."

كما نظم المشرع الفرنسي أحكام الغبن في القسمة ضمن المادة 889 من القانون المدني ولم يحدد على خلاف المشرع الجزائري نوع القسمة التي يجوز الطعن فيها للغبن، واكتفى بذكر أحقية الشريك المتقاسم في الطعن في القسمة، ومقدار الغبن وكيفية حسابه.

تجدر الاشارة في هذا الصدد أن المشرع الفرنسي صنف الغبن ضمن الدعاوى التي يرفعها الشريك المتقاسم ضد الشركاء لتكملة الثمن[3] وليس لنقض القسمة مثلما فعل نظيره الجزائري والذي أجاز للشريك نقض القسمة للغبن وطلب إعادة القسمة من جديد ما لم يقم أحد سائر الشركاء بتكملة حق الشريك المغبون ليساوي حصته الشائعة في المال المقسوم، وبهذا الفعل يكون المشرع الفرنسي قد أعطى حصانة للقسمة حتى ولو شابها غبن لا يستوجب نقضها، إذ أجاز للشريك الغبون فقط حق طلب تكملة

---

[1] – نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، في القانون المصري واللبناني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص177.

[2] – وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص154.

[3] – PHILIPPE Malaurie,opt cit , p 483.

الثمن سواء نقدا أو عينا[1]، ويعتبر هذا استثناء عن القاعدة العامة، فالأصل أن الغبن في عقد البيع يتيح طلب إبطال العقد، بينما في عقد القسمة، يجيز للمتقاسم طلب تكملة الحصة فقط[2].

والهدف من تمكين المتقاسم المغبون بطلب تكملة الحصة في منظور جانب من الفقه، إعطاء استقرارية للقسمة وعدالة بين الشركاء لتمكينهم من حصصهم كاملة بالنظر إلى سهل كل متقاسم وإصلاح الضرر للغبن في القسمة يكون بطلب تكملة حصته[3].

أما موقف الفقه الاسلامي فقد تباين من جواز الطعن في القسمة الرضائية للغبن من عدمه، فمن الفقه الإسلامي من يرى جواز الطعن بالغبن للقسمة الإجبارية و القضائية، إذ يرى جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة جواز نقض القسمة للغبن[4]، ويبررون موقفهم أنه يشترط العدل في القسمة ومالم يتنازل الشريك عن شيء بطيب نفس منه، يكون له أن ينقض القسمة القضائية للغبن، لأن القضاء مشروط بالعدالة، واختلال التوازن بين الشركاء في المال المقسوم يعرض القسمة للنقض.

أما الموقف الثاني يرى عدم جواز الطعن في القسمة القضائية للغبن، يرى بهذا بعض الحنفية، وحجتهم في ذلك أن الشريك في الشيوع إذا أقر باستفائه لحقه فلا يجوز له الطعن في القسمة القضائية، وإذا قام بذلك فيكون قد تناقض مع نفسه فمن جهة هو يقر بوصول حقه كاملا إليه، ومن جهة أخرى يطعن في القسمة بسبب غبن لحقه، ويضيف هذا الاتجاه أنه يجب أن لا تقبل دعوى الشريك في الشيوع للغبن في القسمة القضائية.

ويرى بعض الحنفية والشافعية جواز نقض القسمة الرضائية للغبن، لأن القسمة عندهم إفراز وليس بيع، ويرى كذلك المالكية إذا كان في القسمة تعديل وتقويم[5]، ويرى كذلك الحنابلة جواز نقض القسمة للغبن، إذا لم يرضى الشريك بنصيبه بعد القرعة، سواء كانت القسمة رضاء أو قضاء.

---

[1] – Art 889C.p. c.fr : " Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage. L'action en complément de part se prescrit par deux ans à compter du partage."

[2] – PHILIPPE Malaurie, LAURENT Ayes, PIERRE-YVES Gauthier, les contras spésciaux,2eme édition, édition juridiques associés 2005, p145.

[3] – PHILIPPE Malaurie,opt cit , p 484

[4] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4767.

[5] – قسمة التعديل كما سلف بيانه هي القسمة التي تعدل فيها أنصبة الشركاء، والتعديل في هذه القسمة يكون بقيمة المال المشاع ومنفعته من غير رد.

واستدل هذا الرأي ان المعادلة شرط أساسي في القسمة الرضائية، وقسمة الأشياء المتفاوتة من حيث القيمة بالتساوي بين الشركاء، فيه غبن يستوجب نقض القسمة، فلو تراضى الشركاء على قسمة، وكان رضاهم مبني على أن القسمة عادلة، في حين كانت على غير ذلك فهي تستوجب النقض.

وذهب رأي آخر بالقول أنه حتى القسمة الرضائية لا يجوز نقضها، وهو قول بعض الحنفية ورأي المالكية إذا لم يكن في القسمة تعديل أو تقويم، وهو قول الحنابلة إذا ارتضى الشركاء بالقسمة بعد القرعة، فلا يصوغ لهم بعد ذلك نقض القسمة للغبن.

وحجتهم في ذلك أن القسمة كالبيع وارتضاء الشريك بما اشتراه هو رضاء بذلك التفاوت في المبادلة بالتالي لا يجوز نقضها للغبن، فإذا رضي الشريك بما آل إليه بعد القسمة فلا يجوز نقضه ولو كان أقل من حقه.

والراجح في هذه الأقوال هو جواز الطعن في القسمة القضائية إذا اثبت الشريك انه لحقه غبن فاحش، بينما القسمة الرضائية يكون الطعن فيها مطلقا بالغبن عند جل الفقهاء وعند المالكية إذا كان فيها تعديل وتقويم[1].

ثانيا: يجب أن يصل الغبن في القسمة إلى الخمس وقت إجرائها

اشترط المشرع الجزائري لجواز الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن أن يبلغ الغبن مقدار ما يزيد عن الخمس إذ نص في الفقرة الأولى من المادة 732 من القانون المدني على أنه :" يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة."

فالمشرع الجزائري حدد مقدار الغبن بما يزيد عن الخمس، وللتأكد من وقوع الغبن في القسمة لا بد من تقدير وتقييم المال المشاع المقسوم، وتحديد نصيب كل شريك في الشيوع، وللقيام بهذه المهمة بدقة يتولى الخبير تدير المال وتحديد الحصص، ولا يأخذ بالتقدير الذي وضعه الشركاء في عقد القسمة، ومثال ذلك أن يكون هناك ثلاثة شركاء يملكون عقار بالتساوي، على ان يكون لكل شريك منهم الثلث وتم تقدير العقار بقيمة تسعة ملايين دينار جزائري (9.000.000 دج) فلكي يتحقق الغبن يجب أن تتنزل قيمة المال المفرز الذي وقع في نصيب الشريك عن أربعة أخماس حتى يكون مغبونا بمقدار يزيد عن الخمس، فالأصل إذا بيع العقار ووقت القسمة أن يأخذ الشريك ثلاثة ملايين دينار جزائري (3.000.000دج)، فإذا أخذ الشريك أقل من مليونين وأربعة ملايين دينار جزائري (2.400.000 دج)

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 373.

يكون قد وقع في غبن يستوجب النقض وإعادة القسمة، أما إذا أخذ ما يقابل هذه القيمة أو ما يزيد عنها فلا يجوز له أن يطعن في القسمة للغبن.

و تكون العبرة في تقدير المال المشاع وفقا لما يحدده الخبير العقاري وليس تقدير الأطراف، لأنه قد يقع وأن يكون المال محدد بقيمة مالية معينة، ويقوم الأطراف بالتصريح في عقد القسمة بقيمة تقل عن القيمة الحقيقية للمال المشاع محل القسمة، بالتالي تقل قيمة الحصة التي ستؤول للشريك بعد القسمة، لأن تقدير الغبن يكون بتقدير المال المشاع، ويتغير بتغير قيمة المال محل القسمة.

واشترط المشرع الجزائري في تقدير أن الغبن يكون وقت إجراء القسمة وهذا ما نص عليه صراحة في نص المادة 732 السالفة الذكر، ولا يعتد بقيمة المال إذا ارتفعت في وقت لاحق للقسمة، فقد تطرأ ظروف تؤثر في قيمة المال المقسوم، ومثال ذلك أن ترتفع قيمة العقار في المثال السابق بنسبة معينة بسبب تزايد الطلب على العقار[1].

وتجدر الاشارة في هذا الصدد ان المشرع الجزائري حينما نظم الغبن في قسمة المال المشاع، أجاز نقضها إذا لحق الشريك المتقاسم غبن يزيد عن الخمس بغض النظر عن طبيعة المال محل القسمة عقار كان أو منقول، وهذا على خلاف الغبن في البيوع والذي أجازه المشرع إذا وصل لنفس القدر ولكن فقط في البيوع العقارية[2]، وحسن ما فعله المشرع لأن الغبن لا يكون في العقارات بل حتى في المنقولات كما أن الملكية الشائعة قد تشتمل على عقارات و منقولات، وإن كان الشيوع يكون بصورة منتشرة في العقارات نظرا لقيمة العقار المادية والمعنوية.

ومما يثنى على المشرع الجزائري أنه لم يربط الغبن بالاستغلال مثلما فعل في الأحكام العامة للعقود، وبالرغم مما يراه الفقه بان الغبن والاستغلال وجهان لعملة واحدة كون الاستغلال يشكل العنصر المعنوي والنفسي، بينما الغبن يشكل العنصر المادي[3]، إلا أنه اكتفى على اقتصار جواز نقض القسمة على المعيار المادي فقط.

ونفس الموقف تبناه المشرع المصري في المادة 845 السالفة الذكر، إذ اشترط كل من التشريعين أن يكون الغبن بمقدار يزيد عن الخمس، ويعتد في تقدير نسبة الغبن في حصة الشريك في مجموعها، فلو اشتملت الأموال الشائعة على عقارات ومنقولات، فيأخذ بعين الاعتبار ما آل للشريك من قسمة كل

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 904.

[2] – ق.م.ج المادة 358:" إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس، أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع."

[3] – محمد المنجى، المرجع السابق، ص 365، أحمد خالدي المرجع السابق، ص 58.

الأموال في مجموعها لا في مال محدد، فلو وقع شريك في غبن في قسمة عقار من العقارات وعوض عن ما لحقه من تفاوت في عقار أو منقول ضمن نفس الأموال الشائعة، فلا مجال لرفع دعوى الغبن، لأن العبرة في تحديد الغبن ضمن قيمة كل الأموال الشائعة وليس مال معين بالذات، هذا إن اشتملت الشيوع على عدة أموال، أما إذا تضمن عين مشاعة محددة بالذات ولحق الشريك المتقاسم غبن، جاز له نقضها إذا توافرت شروط الطعن في القسمة للغبن.

ووقت تحديد الغبن وقيمة الأموال يكون وقت إجراء القسمة وليس وقت بدا الشيوع أو في وقت لاحق عن تمام القسمة أو وقت رفع دعوى القسمة، لأن قيمة المال تتغير من وقت لآخر وفقا لظروف معينة بالزيادة أو النقصان، لدى يكون من الأصوب لتحديد إذا ما وقع غبن أم لا أن يتولى تحديد القيمة وتقدير المال خبير ينتدب للقيام بهذه المهمة، وذلك لتحقيق المساواة بين الشركاء في الشيوع بالنظر لحصة كل شريك في المال المشاع[1].

ويقوم الغبن في القسمة وفقا للتشريع الأردني بدوره على أساس مادي، ولكن المشرع الأردني لم يحدد مقدار الغبن بنصه "غبن فاحش"، وحددت مجلة نقابة المحامين الغبن الفاحش على أنه الغبن الذي يزيد عن الخمس في العقارات، وعلى نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات.

وما يميز المشرع الأردني أنه ربط الغبن بالتغرير وهو ما نص في المادة 1050 من القانون المدني السالفة الذكر، إذ يشترط للطعن في القسمة الرضائية للغبن أن يكون الغبن مقترنا بالتغرير أي استعمال وسائل احتيالية التي تحمل الشريك المتقاسم على توقيع عقد القسمة، وأن تكون تلك الوسائل الدافعة للرضاء بالقسمة، إذ نص في المادة من القانون المدني 145:" إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق ان العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد." ونص كذلك في المادة 149 على أنه:" لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة.[2]"

كم أن المشرع الأردني لم يمنح القسمة الاتفاقية حصانة مثل ما فعل المشرع الفرنسي، إذا أجاز للشركاء باتفاقهم على فسخ القسمة والرجوع إلى حالة الشيوع إذا تراضى الشركاء على ذلك إذ نص في المادة 1048 من القانون المدني على انه :" لا يسوغ الرجوع عن القسمة بعد تمامها، إلا أنه يجوز لجميع الشركاء فسخ القسمة وإقالتها برضاهم وإعادة المقسوم مشتركا بينهم كما كان.[3]"

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 385.
[2] – وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص 155.
[3] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 254.

إن الغرض الأساسي من القسمة هو التخلص من حالة الشيوع ومن مساوئها لأنها حالة غير مرغوب فيها وينجر عنها العديد من المشاكل، وبهذا النوع من الأحكام يكون المشرع الأردني قد فتح زاوية للشركاء في الشيوع للتراجع عن القسمة، كما أنه جرد عقد القسمة من قوته الالزامية.

أما المشرع الفرنسي فقد حدد معيارا ماديا مختلفا عن نظيره الجزائري، إذ اشترط أن يبلغ الغبن في قسمة المال المشاع بمقدار ما يزيد عن الربع[1]، وهذا على خلاف المشرع الجزائري الذي اشترط نسبة تزيد عن الخمس، واشترط المشرع الفرنسي في حساب الغبن أن يكون وقت القسمة.

أما مقدار الغبن وفقا للفقه الاسلامي فهو محل خلاف، فالشافعية لا يميزون بين الغبن الفاحش والغبن اليسير و لا يضعون معيارا محددا ولكنهم يأخذون برأي أهل الفن والمعرفة ليتبين إذا ما وقع للشريك غبن يستوجب النقض أم لا، فلو كان الشريك المغبون يستحق ألف ذراع ثم حسب ما آل إليه من القسمة فوجد ما دون ذلك جاز له الطعن في القسمة.

بينما ذهب البقية من الفقه الاسلامي إلى ضرورة التفرقة بين الغبن اليسير والغبن الفاحش، وهو يرجحون ما ذهب إليه الشافعية في ضرورة الاستعانة بالخبراء لتقييم المال المشاع وتقدير الغبن، ووفقا لرأيهم ما جرى العرف على اعتباره غبن فاحش، فإنه يكون غبن مستوجب لنقض القسمة، وما لا يعتبر غبن فاحش فلا يجوز أن تنقض به القسمة.

ولمعرفة قدر الغبن لا بد من المقارنة بين ما يستحقه الشريك فعلا في المال المشاع وفقا لحصته، مع ما أخذه فعلا نتيجة القسمة، وتكون العبرة بوقت إجراء القسمة لا بوقت الادعاء بالغبن او وقت نشوء الشيوع والأسعار المتداولة والظروف المؤثرة.

إن ما سلف ذكره هو خلاف بين الفقهاء عن الخلاف بين جواز الطعن للغبن اليسير أو الغبن الفاحش أما عن الحد الفاصل بين الغبن الفاحش واليسير، أو ما نعبر عنه نحن بمعيار التفرقة بين الغبن الفاحش والغبن اليسير فهو على ثلاث اتجاهات:

يرى الشافعية وبعض الحنفية وبعض المالكية وهو ما شاع عند الحنابلة أن تحديد الغبن إذا ما كان يسيرا او فاحشا يعود للعرف والعادة وتبريرهم في ذلك أن معاملات الناس وتداولاتهم هي التي تفرض ما إذا كان ذلك التفاوت بين الشركاء فاحشا بالنظر إلى حصتهم الشائعة أو غبن يسير، واستندوا إلى

---

[1] – Art 889C.p. c.fr : " Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage. L'action en complément de part se prescrit par deux ans à compter du partage."

الحديث الشرف والذي لم يحدد مقدار الغبن،" غبن المسترسل حرام"(أخرجه الطبراني من حديث أبي أمامه بسند ضعيف) و أن ما لم يرد النص بشأنه يرجع إلى العرف.

ذهب جمهور الحنفية إلى أن معيار تحديد الغبن الفاحش من اليسير يعود لرأي أهل الفن والمعرفة ، ووفقا لاعتقادهم ان الغبن الفاحش لا يكون محل خلاف بين الخبراء بل يرى جميعهم تحققه إذا ما وجد في نصيب أحد الشركاء وأن ما يدخل في تقويم الخبراء هو الغبن اليسير لاختلافهم فيه.

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بانه يجب وضع نصيب معين محدد ليكون مرجعا لتحديد ما إذا كان التفاوت الذي لحق الشريك في الشيوع هو غبن فاحش أم يسير فمنهم من يرى أن معيار الغبن هو الثلث وهذا ما قال به الامام مالك وابن موسى من الحنابلة، ومنهم من يحدده بما يزيد عن الثلث أو ما يساوى الربع فأكثر وبهذا قال بعض المالكية، ومنهم ما يحدده بالخمس أو أكثر وهو قو بعض الحنابلة وبعض من المالكية.

ومن الفقهاء من يتفق مع هذا الاتجاه في ضرورة وضع حد يقاس إليه لمعرفة مقدار الغبن يسيرا كان أو فاحشا، ولكنه يحدد الغبن بمقادير مختلفة، فيحدد بالخمش في العقارات، والعشر في الحيوانات ونصف العشر في عروض التجارة[1].

تجدر الاشارة إلى أن التشريع الفرنسي نهج في تنظيمه للغبن في القسمة، الموقف الذي تبناه الفقه الاسلامي، ففي الوقت الذي اشترط فيه هذا الأخير أن يكون الغبن فاحشا ليجوز للشريك نقض القسمة، رفع المشرع الفرنسي من مقدار الغبن ليكون ما يزيد عن الربع، ويكون بذلك قد اعطى حماية لعقد القسمة المبرم بين الشركاء، بل وحتى جعل الغبن إن وجد وتم التحقق منه وسيلة في يد الشريك في الشيوع لطلب تكملة الثمن لا لنقض القسمة وإعادة إجرائها من جديد، وهو الرأي الراجح لدى الفقه الإسلامي الذي أيد فكرة تكملة حصة الشريك عوض إبطال القسمة وإعادتها من جديد سواء تعلق الأمر بالقسمة الاتفاقية أو القضائية.

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 381.

الفرع الثاني: كيفية الطعن في القسمة للغبن والآثار المترية عنه

أولا: كيفية الطعن في القسمة للغبن:

يشترط للطعن في القسمة للغبن أن يقوم الشريك المغبون في القسمة أن يرفع دعوى على سائر الشركاء في القسمة، وعلى ذلك لا بد أن تتوفر شروط رفع الدعوى المقررة قانونا، واحترام الاجراءات والآجال الخاصة بدعوى الغبن، وعلى من ادعى بالغبن أن يثبت بكافة وسائل الاثبات أن ما لحقه هو غبن يزيد عن الخمس، وله أن يطلب خبرة قضائية لتقييم المال المشاع وقت القسمة وتقدير ما إذا لحق الشريك غبن يزيد عن الخمس.

1- رفع دعوى الغبن في القسمة

يجب على الشريك المتقاسم الذي لحقه غبن من جراء القسمة أن يرفع دعوى غبن على سائر الشركاء، فالمدعى في دعوى الغبن هو الشريك المغبون الذي لحقه تفاوت واختلال بالنظر إلى الحصة التي يملكها في الشيوع، أما المدعى عليه هم سائر الشركاء المتقاسمين.

فلا بد ان تتوافر في رافع الدعوى صفة الشريك المتقاسم وله أن يقدم عقد القسمة الاتفاقية كدليل على أن القسمة شملته، ولكنها لم تكن منصفة بحقه بالنظر إلى حصته في الشيوع، ويشترط في رافع الدعوى أن تكون له الأهلية القانونية، وإن لم تتوافر ينوب عنه ممثله القانوني، وذلك لعدم فتح المجال لباقي الشركاء للدفع في الدعوى بالبطلان لعدم توافر الأهلية في المدعى، ويجب أن تكون له مصلحة والتي تستخلص من عريضة الدعوى في الطلبات، وهي الهدف المرجو من رفع دعوى الغبن، وهو إما تكملة حصة الشريك المتقاسم المغبون إلى أربعة أخماس ، ليتصبح القسمة عادلة أو له ان يطلب إعادة إجراء القسمة وفي هذه الحالة يتولى القضاء إجراءها وذلك بالاستعانة بالخبرة نظرا لدورها الفعال في إنارة الضوء أمام القضاء خاصة في تقييم الأشياء وتقدير الحصص.

وترفع دعوى الغبن وفقا لأشكال المقررة للعريضة الافتتاحية، بعريضة موقعة ومؤرخة مرفقة بكافة الأسانيد التي تثبت ادعاءات الشريك المغبون، ويجب على رافع الدعوى ان يقوم بشهر العريضة الافتتاحية بالمحافظة العقارية، إذا تعلق الأمر بعقار تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا.

زيادة على الشروط الشكلية التي تشترط في رفع دعوى الغبن اشترط المشرع الجزائري أجلا محدد لرفع هذه الدعوى وهو أجل سنة يبدأ سريانها من تاريخ إجراء القسمة[1].

[1] – ق.م.ج المادة 732 الفقرة الثانية:" ويجب ان ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا اكمل للمدعى نقدا او عينا ما نقص من حصته."

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يشترط في رفع دعوى من شريك في الشيوع ، أن يستصدر شهادة تثبت انتقال ملكية المال إليه، وذلك في الأموال التي تؤول لأشخاص مشاعة بفعل الوفاة وتسمى بالشهادة التوثيقية إذ ينص المشرع الجزائري في المادة 91 من المرسوم 63/76 مؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري :"كل انتقال أو انشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة توثيقية في الأجل المحدد في المادة 99."

كما تنص المادة 99 من ذات المرسوم :"آجال إتمام الإجراء يحدد بالنسبة للشهادات الموثقة بشهرين ابتداء من اليوم الذي يقدم فيه الالتماس إلى الموثق ويرجع هذا الأجل إلى 4 أشهر إذا كان أحد المعنيين يسكن بالخارج."

هذه الشهادة أثارت العديد من النزاعات وضجة في الأوساط القضائية، فمن القضاة من يعتبرها تزيد تشريعي، ومنهم من أخذ بها ورفض الدعاوى التي ترفع من الشركاء في الشيوع، والذين لم تتوفر لديهم هذه الشهادة، إلى أن تدخلت المحكمة العليا في قرار لها وأكدت على أن الشهادة التوثيقية التي سلف ذكرها تشترط في مواجهة الغير لا بين الشركاء في الشيوع وهذا في قرار رقم 463305 بتاريخ 2008/09/10[1].

وحسب رأينا المتواضع أن هذه المادة لا تزال إلى حد اليوم تثير العديد من المشاكل، كون قضاة المحكمة العليا فسروا على أن الحالة الوحيدة التي ينتقل فيها المال مشاعا بعد الوفاة هي حالة الوفاة وأن الشركاء في الشيوع لا يطلب منهم استصدار هذه الشهادة إذا تعلق الأمر بنزاع بين شركاء في الميراث، أما في نزاعات مع الغير فيجب توفر هذه الشهادة.

إن حالة الميراث وعلى خلاف ما يعتقد البعض وإن كانت المصدر الغالب للشيوع، إلا أنها ليست المصدر الوحيد له، فمصادر الشيوع هي نفسها أسباب اكتساب الملكية بمختلف أنواعها، منها الوصية التي تنطبق عليها أحكام المادة 91 السالفة الذكر، بالتالي تبقى الشهادة التوثيقية قيد لرفع الدعوى بين الشركاء في الشيوع إذا كان مصدر الشيوع وصية من شخص خصص مال معين لأشخاص آخرين على أن يكون لكل من الموصى لهم حصة على الشيوع في المال الموصى به.

---

[1] – مجلة قضائية للمحكمة العليا عدد خاص – الغرفة العقارية، الجزء الثالث لسنة 2008، قرار رقم 463305 بتاريخ 2008/09/10:" المبدأ أنه لا تشترط الشهادة التوثيقية بين الشركاء في الشيوع، مهما كانت طبيعة الدعوى بينهم، تشترط الشهادة التوثيقية في مواجهة الغير، الأجنبي عن الميراث."

ويتم الطعن في القسمة للغبن وفقا للتشريع المصري برفع دعوى قضائية وهو ما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة 845 من القانون المدني:" يجب أن ترفع الدعوى في خلال السنة التالية للقسمة[1]"، وترفع الدعوى القضائية من الشريك المغبون دون سواه، فلو كان في القسمة مثلا عدة شركا ولحق بعضهم غبن فلا يجوز لمن لم يلحقه غبن يزيد عن الخمس أن يرفع دعوى غبن، كما يجب أن ترفع الدعوى خلال أجل سنة من تاريخ إجراء القسمة[2]، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الأردني في المادة 1050 الفقرة الثانية بنصها:" لا تسمع دعوى الفسخ وإعادة القسمة إذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ القسمة"

بالتالي اشترط القانون الأردني على الطاعن أن يتقدم بطلب أمام القضاء لفسخ القسمة للغبن، ويسقط حق الشريك في فسخ القسمة إما بموته أو بتصرفه في الجزء الفرز الذي آل إليه وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 150 من القانون المدني الأردني بنصها:" يسقط الحق في الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم بموت من له الحق في الفسخ وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفا يتضمن الإجازة وبهلاكه عند استهلاكه وتعيبه وزيادته."

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الغبن وفقا للتشريع الأردني جعله سبب للفسخ وليس سبب للإبطال مثلما فعل نظيره الجزائري والمصري، ويسقط حق الفسخ بموت الشريك أو بتصرفه في الجزء الذي آل للشريك، وقد عارض الدكتور أحمد فلاح عبد البخيت هذا الموقف الذي تبناه المشرع الأردني واعتبر ان تصرف الشريك في الجزء الذي آل إليه بعد القسمة ليس بمثابة إجازة ضمنية خاصة إذا كان الشريك المغبون لا يعلم بأن له الحق في فسخ القسمة التي تم إجراؤها بسبب الغبن الذي لحقه، وبأن المشرع الأردني لم ينص صراحة على إمكانية تكملة حصة الشريك المغبون عينا أو نقدا على خلاف التشريع المصري والتشريع السوري[3].

أما المشرع اللبناني فالرغم من أنه لم ينص صراحة على جواز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي على غرار ما فعل نظيره الجزائري والمصري، إلا أنه يجيز ذلك وفقا للقواعد العامة للعقود، ولكن ما يميز المشرع اللبناني أنه زيادة على المعيار المادي للغبن أضاف معيار معنوي آخر وهو عنصر الاستغلال،

---

[1] – ق.م.م.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 904.

[3] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 255.

إذ يجب لجواز الطعن في العقود بما في ذلك عقد القسمة أن يكون الاختلال غير الاعتيادي في القسمة نتيجة استغلال طيش[1] أو عدم خبرة المتقاسم المغبون[2].

كما اشترط المشرع الفرنسي بدوره أن ترفع دعوى للغبن من الشريك في الشيوع ليقوم سائر الشركاء بتكملة ما لحق الشريك من غبن، على أن يكون مقدار الغبن الذي لحق الشريك المتقاسم هو ما يزيد عن الربع، إذ يجب أن يكمل الشركاء حصة الشريك المغبون إلى ما يساوي ثلاثة أرباع ثمن الحصة التي يملكها الشريك المغبون لرفع الغبن عن الشريك ويجب أن ترفع دعوى الغبن خلال أجل سنتين يبدأ حسابهما من تاريخ إجراء القسمة[3]، وهذا على خلاف المشرع الجزائري الذي حدد تاريخ أجل رفع دعوى الغبن بسنة واحدة من تاريخ إجراء القسمة.

وأجاز الفقه الاسلامي على أن يرفع الشريك المغبون أمره إلى القاضي إذا لحقه غبن في قسمة المال المشاع، وينتقل هذا الحق إلى ورثة الشريك المغبون، ويتم إعادة القسمة من جديد على وجه عادل لدى يتم اختصام جميع الشركاء لان المدعى يدعى حقا بأيديهم أو بأيدي أحدهم.

ولكن الاختلاف كان من جواز قبول دعوى القسمة من عدمه إذا رفعت دعوى الغبن ضد القاسم الحاكم، أي القاضي الذي تولى القسمة بنفسه، فيقول الامام الرملي من الشافعية على أن لا تسمع دعوى الغبن ضد القاسم الحاكم وتقبل على غيره ممن تولى عملية القسمة، بينما ذهب الزركشي من الشافعية إلى جواز قبول الدعوى لإثبات صدقها، فإذا أقر القاضي بغلطه في الحكم او تعمده ذلك يجب ان يرد القاسم أجرته، ويغرم المغبون عما غبن به ويكمل له حصته.

---

[1] – الطيش البين هو الخفة الزائدة المؤدية إلى التسرع وعدم الاكتراث، مما يؤدى إلى سوء التقدير، ويكفي أن يكون الطيش في فترة معينة وهي فترة إبرام عقد القسمة الذي نشب عنه غبن للشريك، فلا يشترط ان يكون الطيش هو السلوك العادي للشريك في الشيوع، وما يميز الطيش عن السفه ان الطيش حالة طارئة تعتري تصرف دون تصرف آخر بينما السفه حالة مستمرة تعتري الانسان فيصبح لا يحسن التصرف لذى أوجب المشرع الجزائري الحجر عليه حماية له ولغيره، عن هذا التعريف راجع نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، محمد سعيد جعفور، دار هومة للنشر، طبعة 2002، ص 95.

[2] – نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 189.

[3]– Art 889 C. c.fr 2éme Alinéa: " L'action en complément de part se prescrit par deux ans à compter du partage."

بينما ذهب شيخ الاسلام زكريا الأنصاري[1] إلى أنه إذا اعترف القاسم بالغلط ورد أجرة القسمة لاعترافه بالغلط لعدم استحقاقه لها، الأمر هنا يعود للشركاء المتقاسمين، فإذا كذبوه أو سكتوا فلا تنقض القسمة، أما إذا صدقه الشركاء وجب على القاضي أن يغرم للمحكوم عليه عوض ما حكم به[2].

ويرى جانب من الفقه الاسلامي أنه إذا كان الغبن يسيرا أي ذلك التفاوت الذي يدخل في تقويم المقومين، فلا يجب أن تقبل دعوى القسمة، سواء كانت القسمة بالاتفاق أو القضاء.

أما إذا كان الغبن فاحش وهو ما لا يدخل في تقويم المقومين ففي هذه الحال يجب أن تفسخ القسمة وتعاد من جديد، لأن الأصل في القسمة العدل بين الشركاء، أما عند بعض الحنفية إذا كانت القسمة رضائية فلا تقبل الدعوى للغبن يسيرا كان أو فاحشا، لأن القسمة عندهم كالبيع، والغبن فيه لا يوجب نقضه[3].

كما اشترط المشرع الليبي على الشريك الذي يدعى الغبن أن يرفع دعوى الغبن أمام المحكمة، ولم يشترط المشرع الليبي على خلاف نظيره الاردني أن يكون الغبن في القسمة مرتبط بالاستغلال والتغرير، إذ يكفي التفاوت الذي يزيد الذي حدده بلفظ الفاحش إذ يكفي التفاوت الكبير ليتمكن المتقاسم المغبون من رفع دعوى الغبن[4].

2- إثبات الغبن

يثبت الغبن في القسمة الاتفاقية بكافة وسائل المقررة قانونا، لأن الشريك الذي يدعى الغبن إنما يثبت هو واقعة مادية، فلو تضمن عقد القسمة المحرر لدى الموثق المقدار الذي آل لكل شريك، جاز للشريك المغبون أن يقدم عقد القسمة ليثبت أن القدر الذي وقع في نصيبه يتفاوت مع القدر الذي يستحقه بمقدار يزيد عن الخمس، وللشريك كذلك أن يستند لوسائل إثبات أخرى كشهادة الشهود أو القرائن، فالشريك هو من يدعى بالغبن في القسمة لدى يقع عليه عبء إثبات الغبن.

---

[1] – هو زين الدين أبو يحي زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري الخزرجي السنيكي القاهري الشافعي قاض محدث وفقيه قارئ ومفسر شافعي، الخزرجي أحد أحد شطري الأنصار, والسنيكي نسبة إلى سنيكة قرية بمصر الشرقية www.feqhweb.com تاريخ زيارة الموقع 2018/09/21.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 388.

[3] – وهبة الزحلي، الفقه الاسلامي وادلته، الجزء السادس، بقية العقود وما يتعلق بها، الملكية وتوابعها، دار الفكر المعاصر للنشر، طبعة1997، ص 4772.

[4] – إبراهيم أبوا النجا، المرجع السابق، ص117.

ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على كيفية إثبات الغبن تاركا الأمر للقاعدة العامة التي تستدعى أنه على الدائن ان يثبت الالتزام[1] وبما أن الشريك المغبون هو الدائن بمقدار المال المغبون فيه فعليه إثبات الغبن، وما يقع عمليا أن المحكمة حينما ترفع إليها مثل هذا النوع من الدعاوى التي تستوجب أهل المعرفة، تعين خبيرا أو أكثر إن اقتضى الأمر، ويقوم الخبراء بتقدير ومقارنة كل من قيمة المال المشاع وقت القسمة، وتقدير الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك رافع الدعوى، لمعرفة إذا ما كان الشريك وقع في غبن.

بعد أن ينتهي الخبير من المهمة المسنة إليه عليه أن يرفع تقرير مفصل يشتمل على تقديرات حسابية دقيقة آخذا بعين الاعتبار العديد من المعايير منها مكونات المال المشاع وقيمته بالنظر إلى موقعه كما لو كان المال المشاع عبارة عن محلات تجارية، و قيمة حصة الشريك في الشيوع قبل القسمة، ومتى ثبت للقاضي أن الشريك قد لحقه غبن يزيد عن الخمس قضى ببطلان القسمة والأمر بإعادتها من جديد وفقا للحدود التي رسمها القانون، هذا ما لم يقرر باقي الشركاء تكملة نصيب الشريك المغبون إلى أربعة أخماس ثمن المثل[2].

وفي الفقه الاسلامي يجوز للشريك المغبون أن يأتي بقاسمين حاذقين لتعرض عليهما القسمة ويقدرا ما إذا كانت القسمة سليمة أو أن ما يدعيه الشريك له هو الصواب، ويشهدا بما توصلا إليه أمام القاضي، وإذا لم يستطع الشريك المغبون إقامة البينة على ما يدعيه، له ان يلجأ إلى اليمين استنادا للحديث إذ روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :" لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على من المدعي واليمين على من أنكر". حديث حسن رواه البيهقي.

فيقوم الشريك المغبون بتحليف سائر الشركاء بما يدعيه من غبن أو أنه لا يستحق شيئا مما ادعاه عليهم ، فإذا حلف الشركاء استقرت القسمة ونفذت في حق الجميع، أما إذا نكل الشركاء فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية إلى القول بأنه تنقض القسمة، بينما ذهب الشافعية إلى انه في حالة نكول الشركاء على المدعى ان يؤدى اليمين وأنها اليمين المردودة، فإذا حلف تنقض القسمة.

---

[1] – ق.م.ج المادة 323 :" على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه."

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 907.

وإذا كان في القسمة عدة شركاء وحلف البعض ونكل البعض الآخر فيجمع بين أنصبة الشركاء الذين نكلوا مع نصيب الشريك المغبون ويقسم بينهم المال على قدر أنصبتهم، ولا يمكن إجبار الشركاء الذين حلوا على إعادة إجراء القسمة من جديد لأن النكول حجة على صاحبه لا غير [1].

ثانيا: الآثار المترتبة على رفع دعوى الغبن في القسمة

مما لا شك فيه أن القسمة التي يثبت الشريك فيها أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس، كانت معرضة للإبطال ما لم يقرر سائر الشركاء إكمال نصيب الشريك المغبون إلى أربعة أخماس ثمن المثل وفقا لحصته الشائعة، وما ينتج على ثبوت الغبن في حق الشريك المدعي يحتمل فرضيتين:

1- وقف دعوى الغبن لإكمال نصيب الشريك المغبون:

للشركاء المتقاسمين أن يتفادوا نقض القسمة وإعادتها من جديد، وذلك من خلال تكملة حصة الشريك المغبون رافع الدعوى إلى أربعة أخماس قيمة الحصة التي كان يملكها خلال حالة الشيوع وهو ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الثانية من المادة 732:" ويجب ان ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا او عينا ما نقص من حصته."

فيجوز للشركاء في القسمة الاتفاقية أن يوقفوا سريان دعوى الغبن وأن يكملوا ما لحق الشريك المغبون من تفاوت بالنظر إلى القيمة الحقيقة للمال المشاع وحصته الشائعة وقت القسمة[2]، ويقابل هذه المادة صورة أخرى من القسمة التي يجوز وقف دعوى الغبن فيها، وهي الحالة التي يقترن فيها الغبن بالاستغلال وتكون كذلك إذا استغل الشركاء في الشيوع الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري أحدهم[3]، فيبرمون معه عقد القسمة منتهزين وضعيته غير المستقرة، فإذا رفع الشريك المغبون دعوى الغبن

---

[1] - عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 392.

[2] - حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف للنشر، الطبعة الأولى لسنة 1958. ص362.

[3] - الهوى الجامح هو الرغبة التي تعمي الشخص وتجعله لا يفرق بين ما هو في صالحه وما هو في غير ذلك، فهو الشخص الذي لا يستطيع أن يكبح جماحه أي رغباته الملحة، وكل من الطيش البين والهوى الجامح يجعل الشخص الطرف في العقد سريع التأثر ولا يتبصر بما هو مقدم عليه لذلك وحماية من المشرع الجزائري جعل لكل من هما سبب لإبطال العقد وصنفهما ضمن المسائل الموضوعية التي تترك للسلطة التقديرية للقاضي، آخذا بعين الاعتبار كل الظروف المحيطة بالشخص، عن هذا التعريف راجع نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 96.

جاز لباقي الشركاء أن يتوقوا إبطال القسمة وإعادتها من جديد، من خلال عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن[1].

تجدر الإشارة إلى أنه ما يعرضه الشركاء من زيادة في هذه الحالة الأخيرة يبقى تحت رقابة القاضي، لأن النص أتى بصيغة الجواز، إذ يجوز أن يرفض القاضي العرض الذي تقدم به الشركاء وأن يقرر بطلان القسمة وإعادتها من جديد، وأضاف المشرع عبارة " ما يراه القاضي كافيا" أي أن القرار الأخير في توقي الابطال وقبول ما يعرضه الشركاء في حق الشريك المغبون يكون موقوف على إجازة القاضي[2].

كما أن جواز الشركاء لإيقاف سريان دعوى الغبن وتكملة حصة الشريك لحد رفع الغبن، لا يجعل من الدعوى التي رفعها الشريك المغبون دعوى تكملة ثمن الحصة إلى المثل بل تبقي دعوى نقض القسمة للغبن، وهذا ما يميز دعوى الغبن في القسمة الاتفاقية عن دعوى الغبن في بيع عقار[3]، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي اعتبر صراحة الدعوى التي يرفعها الشريك المغبون هي دعوى تكملة الحصة للشريك وليست دعوى نقض القسمة[4]، إضافة إلى أن أجل رفع دعوى الغبن في القسمة هو سنة، بينما دعوى تكملة الثمن للعقار المبيع تسقط بالتقادم بمرور ثلاث سنوات[5].

و الأثر الوحيد الذي قرره المشرع الفرنسي لدعوى الغبن هو تكملة حصة الشريك المغبون نقدا أو عينا على ان يكون الخيار للمدعى عيهم أي سائر الشركاء المتقاسمين، إذ وصف دعوى الغبن بدعوى تكملة الحصة ضمن المواد من 889 إلى 892 من القانون المدني، ودعوى تكملة الحصة وفق التشريع

---

[1] – ق.م.ج المادة 90 الفقرة الثالثة:" ويجوز في عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن."

[2] – بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، مذكرة مقدمة لنسل شهادة الدكتوراه، تخصص شريعة وقانون، لسنة 2012، جامعة الحاج لخضر باتنة، ص 101.

[3] – المادة 358 الفقرة الأولى:" إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل."

[4] –Art 889 C. c.fr : " Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage. L'action en complément de part se prescrit par deux ans à compter du partage."

[5] – المادة 359 الفقرة الأولى:" تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد المبيع."

الفرنسي المرفوعة من الشريك المغبون تقبل إزاء جميع التصرفات التي تبرم بين الشركاء في الشيوع والتي يتم بموجبها القضاء على حالة الشيوع مهما كانت التسمية التي أطلقت على التصرف، ولا تقبل دعوى تكملة الحصة إذا كانت المعاملة او التصرف الذي تم إبرامه بين الشركاء تم بعد القسمة أو العقد الذي يحل محلها، وإذ تم إجراء قسمات جزئية متتالية فلا يأخذ بعين الاعتبار في حساب الغبن لا القسمات التي تم إجراؤها وتحصل بموجبها كل شريك على جزء يعادل حصته الشائعة، ولا الأموال الشائعة التي لم يتم اقتسامها بعد، بل فقط قيمة المال محل القسمة وحصة كل شريك في ذلك المال من الأموال الشائعة[1].

ولا تقبل دعوى تكملة الحصة من الشريك المغبون في مواجهة بيع لحقوق مشاعة تمت بدون تحايل وغش لشريك في الشيوع من طرف ملاك الرقبة في المال المشاع أو من طرف أحدهما، إذا تضمن التنازل اتفاق محدد في العقد وموافق عليه صراحة من طرف المتنازل له[2]، وبمفهوم المخالفة من هذه المادة أنه إذا تم البيع بين الشركاء بناء على غش أو حيلة مصطنعة كان للشريك المغبون أن يرفع دعوى تكملة حصته في المال المشاع.

ويضيف المشرع الفرنسي أنه إذا لم تشمل القسمة مال من الأموال الشائعة بسبب نسيان أو هفوة من الشركاء، فذلك لا يعطى للشركاء إلا الحق في إجراء قسمة تكميلية، و لا يجوز نقض القسمة لمجرد بقاء مال على حالة الشيوع بعد القسمة[3].

فإذا لحق الشريك المغبون غبن يقدر بما يزيد عن الربع، جاز للشريك أو سائر الشركاء تكملة حصة الشريك إلى ما يساوي ثلاثة أرباع حصته في المال المشاع محل القسمة، ويقدر في تكملة هذا

---

[1] – Art 890 C. c.fr : " L'action en complément de part est admise contre tout acte, quelle que soit sa dénomination, dont l'objet est de faire cesser l'indivision entre copartageants. L'action n'est plus admise lorsqu'une transaction est intervenue à la suite du partage ou de l'acte qui en tient lieu sur les difficultés que présentait ce partage ou cet acte. En cas de partages partiels successifs, la lésion s'apprécie sans tenir compte ni du partage partiel déjà intervenu lorsque celui-ci a rempli les parties de leurs droits par parts égales ni des biens non encore partagés."

[2] – Art 890 C. c.fr : 891" L'action en complément de part n'est pas admise contre une vente de droits indivis faite sans fraude à un indivisaire par ses co-indivisaires ou par l'un d'eux, lorsque la cession comporte un aléa défini dans l'acte et expressément accepté par le cessionnaire."

[3] –Art 892 C. c.fr" La simple omission d'un bien indivis donne lieu à un partage complémentaire portant sur ce bien."

القدر من حصته قيمة المال وقت إجراء تكملة الحصة لا وقت إجراء القسمة، وبالتالي هناك تقييمين للمال محل القسمة، تقييم وقت إجراء القسمة لمعرفة إذا ما وقع الشريك في غبن حقيقة، وتقييم ثاني للمال يتم وقت تكملة حصته لمعرفة القدر الذي يجب إكماله للشريك المغبون[1].

أما بالنسبة للفقه الاسلامي فقد اختلفت الآراء، فعند المالكية إذا استعصى على الشريك المغبون أن يثبت غبنه جاز له أن يوجه اليمين لسائر الشركاء فإذا نكلوا وانكروا يكون دليل على صحة ما يدعيه الشريك المغبون، ولا تنقض القسمة إذا أكمل الشركاء الذين رفضوا تأدية اليمين القدر المغبون فيه.

أما عند الحنابلة والإباضية انقسم رأيهم بشان إكمال نصيب المغبون، فذهب أنصار الرأي الأول من بعض الحنابلة وأغلبية الإباضية إلى أنه إذا نقضت القسمة لاتعاد من جديد، بل يكفي رد النقص لتصحيح عقد القسمة المتفق عليه، لأن الأصل عندهم أن القسمة على العدل.

وذهب رأي آخر من بعض الحنابلة و بعض الإباضية إلى أنه إذا ترتب نقض القسمة، يجوز للشركاء أن يعيدوا القسمة من جديد لأن رد النقص غير كافي برد الغبن، لأن الشركاء مشتركون في الغبن، وقسمتهم بذلك لم تتم بعد.

ويرى الأستاذ محمد عبد الرحمان الضويني، إلى أنه يرجح الرأي الأول لان الأصل في التصرفات الصحة، وأن إكمال نصيب الشريك المغبون كفيل بإعطائه حقه، إذ تقتضي العدالة أن يأخذ كل شريك حقه كاملا[2].

وإذا تعدد الشركاء المتقاسمين فلا بد لهم لدفع بطلان القسمة وإعادتها من جديد أن يتفقوا على إكمال حصة الشريك المغبون عينا أو نقدا، فاذا اتفقوا على مبدأ الرد واختلفوا في مقدار الرد المطلوب من كل شريك تكلف القضاء بحل هذه المسألة، أما إذا وافق البعض على الرد وقاموا بإكمال حصة الشريك المغبون فلا يلزم ذلك سائر الشركاء الذين رفضوا إكمال نصيب الشريك المغبون، ولا يجوز للشركاء الذين أكملوا حصة الشريك المغبون لحد رفع الغبن ان يرجعوا على سائر الشركاء الرافضين بشيء لأنهم رفضوا منذ البداية إكمال نصيب الشريك رافع الدعوى[3].

[1] – Pierre voirin, Gilles Goubeaux, op.st, p272.

[2] – محمد عبد الرخمان الضويني، المرجع السابق، ص 396.

[3] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 910.

2- الحكم بإبطال القسمة الاتفاقية للغبن

إذا أثبت الشريك المغبون رافع الدعوى أن ما لحقه من جراء القسمة الاتفاقية غبن يزيد عن الخمس، ولم يقم سائر الشركاء بتكملة حصة المدعى، حكم له القضاء بإبطال القسمة، وفي هذه الحالة تبطل القسمة بأمر القضاء وتعتبر القسمة التي أجريت من قبل كأنها لم تكن، ويترتب على ذلك أن يعود الشركاء إلى حالة الشيوع التي كانوا عليها.

ويجوز لأي شريك بعد ذلك سواء كان الشريك المغبون أو غيره أن يطلب القسمة من جديد، والأمر يعود للشركاء فإذا اتفقوا على إجراء قسمة جديدة بالتراضي جاز ذلك على أن تستوفي القسمة الجديدة جميع شروطها، وهذه القسمة الجديدة يجوز الطعن فيها بالغبن من جديد إذا اجتمعت شروط الطعن في القسمة للغبن.

كما يجوز لأي شريك ان يطلب من القضاء أن يجري القسمة بمعرفته وهذا النوع من القسمة لا يجوز أن يطعن فيه للغبن، لأن القضاء يسهر على التطبيق السليم لأحكام القسمة، ويحيطها بكافة الضمانات، منها أن يتولى خبراء متخصصين في تحديد الحصص وتقييم المال المشاع ورسم القيمة التي تؤول لكل شريك متقاسم.

وإذا تصرف الشركاء في الأجزاء المفرزة التي آلت لهم بعد القسمة، ثم تقرر إبطال القسمة لوجود غبن فتسقط جميع التصرفات للأثر الرجعي للقسمة، لأن ما ينتج عن الابطال كما سبق ذكره هو إعادة الشركاء إلى الحالة التي كانون عليها قبل التعاقد وتعتبر القسمة كأنها لم تكن وتطهر الموال الشائعة من الحقوق التي رتبها الشركاء للغير[1].

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يرى الأستاذ أحمد خالدي باختلاف الغبن في القسمة الاتفاقية عن الغبن في البيوع العقارية، ففي القسمة قد ترفع دعوى الغبن من شريك كامل الأهلية أو من طرف شريك ناقص لها من طرف ممثله القانوني، بينما يشترط للطعن بالغبن في بيع عقار أن يكون بائع العقار غير كامل الأهلية[2].

إن هذا الرأي يختلف وأحكام المادة 358 التي نظمت شروط الغبن في بيع عقار، فمن خلال استقراء نص المادة نستخلص أن لكل من لحقه غبن يزيد عن الخمس من جراء بيع عقار سواء كان البائع كامل أو ناقص الأهلية جاز له رفع دعوى غبن خلال أجل ثلاث سنوات، ولتحديد إذا ما وقع البائع في غبن يقدر المال المبيع وقت البيع.

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 908.
[2] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 194.

واشتراط نقص أهلية البائع لقبول دعوى غبن في بيع عقار هو من صنيع المشرع المصري إذ نص في المادة325 فقرة أولى بنصه: "إذا بيع عقار مملوك شخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل[1]."

وفي التشريع المصري القاعدة العامة في العقود بوجه عام هو أنه مجرد الغبن اليسير لا يجعل من العقد باطل، ولكن المشرع ونظرا لاعتبارات في القسمة كالعدالة والمساواة أجاز نقض القسمة وإعادة إجرائها من جديد وفقا لأحكام المادة 845 من القانون المدني السالفة الذكر، والأصل أنه يجب أن تكون جميع العقود خالية من الغبن بما في ذلك عقد القسمة سواء كان الغبن يسيرا أو فاحشا، ولكن الواقع أثبت أنه يصعب الاحتياط من الوقوع في الغبن، لأن أي متعاقد يسعى جاهدا للحصول على أفضل صفقة من خلال المساومة في العقود لدى وضع المشرع معيارا ماديا محددا بالخمس، فلكل شريك في الشيوع له أن يطلب إبطال عقد القسمة وإعادتها من جديد متى تحقق الغبن في نصيبه[2].

ولا يجو الطعن بالغبن في الوصية بالقسمة التي يجريها المورث أثناء حياته، لأنه واستثناء ولاعتبارات معينة، أجاز المشرع للمورث أن يجري قسمة أمواله على أن تنفذ بعد وفاته، وله أن يحدد الأنصبة، وتكون بذلك القسمة ملزمة، ولا يجوز الطعن فيها للغبن، إذ نص في المادة 912 من القانون المدني على أنه: "تسري في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت، أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن[3]."

و عالج المشرع الليبي على غرار المشرع المصري والجزائري إمكانية نقض القسمة في المادة 849 من القانون المدني السالفة الذكر، وأجاز أن يتم إبطالها إذا ثبت أن ما لحق الشريك غبن يزيد عن الخمس هو نفس الموقف الذي تبناه المشرع اللبناني، وإن كان لم ينص على ذلك صراحة مثلما فعل مع بقية التشريعات إلا أنه أجاز وفقا للقواعد العامة نقض العقود إذا اقترنت باستغلال من طرف المتعاقد في الشريك المتقاسم[4].

ولم يجعل المشرع الفرنسي كما سبق ذكره الغبن سبب لبطلان عقد قسمة المال المشاع ، بل ولم يجعله وفقا للأحكام العامة للعقود سبب لبطلانها إلا في ما يتعلق ببعض العقود وبالنسبة لبعض

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 906.

[2] – ، همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص446.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لسنة 2000، ص185.

[4] – عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص237.

الأشخاص[1]، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 1674 من القانون المدني حينما أجاز المشرع الفرنسي لبائع عقار أن ينقض البيع للغبن إذا ما لحق البائع غبن يزيد عن سبعة أجزاء من اثني عشر جزءا من قيمة المبيع[2]، ويتم احتساب ما إذا كان البائع قد وقع في غبن بتقدير قيمة العقار وقت البيع، وفي حالة الوعد بالبيع العقاري يقدر الغبن وقت تنفيذ الوعد بالبيع[3].

فيجوز نقض العقد للغبن في عقد بيع عقار ووفق نسبة محددة للغبن، وذلك للتقليل من دعاوى الغبن، كما أن حق نقض العقد للغبن مقصور على البائع لا على الغير[4].

وفي الفقه الإسلامي إذا أثبت الشريك المغبون غبنه بالإقرار أو البينة أو نكول الشركاء، فإنه تنقض القسمة وتعاد من جديد، وذلك لضمان عدالة القسمة، وعند المالكية يجب إعادة القسمة بغض النضر عن ما آل إليه المال المقسوم، كما لو قام أحد الشركاء المتقاسمين بغرس الأرض التي وقعت في نصيبه، أو قام بالبناء عليها، ففي هذه الحالة يستند إلى معيار القيمة ويتم تقسيم الأموال، فتقسم الأموال التي لم يمسسها أي تغيير ويأخذ بعين الاعتبار قيمة الأموال التي تم الغرس أو البناء عليها[5].

نخلص في هذا الفرع من الأطروحة إلى أن الغبن في القسمة هو ذلك التفاوت الذي يحصل بين ما يحصل عليه الشريك في الشيوع والقيمة الحقيقة للحصة التي كان الشريك يملكها قبل القسمة، هذا التفاوت حدده المشرع الجزائري بمقدار يزيد عن الخمس وأجاز بموجبه نقض القسمة وإعادتها من جديد.

منح المشرع للشركاء في الشيوع فرصة للتخلص من إعادة القسمة من جديد وذلك من خلال تكملة حصة الشريك المغبون إلى أربعة أخماس قيمة الحصة الشائعة التي يملكها الشريك المغبون.

نهجت جل التشريعات العربية الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري بإجازة نقض القسمة الرضائية التي تنهي حالة الشيوع إذا لحق الشريك المغبون القدر المعلوم، فسمح كل من المشرع المصري والليبي

---

[1]-Art 1118 C. c.fr : " La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section."

[2]-Art 1674 C. c.fr : " 1674 Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value."

[3]-Art 1675 C. c.fr : " 1675 Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente. En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation."

[4] – عادل حسن علي السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، مكتبة زهراء الشرق للنشر، دون تاريخ نشر، ص250.

[5] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 394.

واللبناني إمكانية نقض القسمة وإعادتها من جديد إذا لم يوقف سائر الشركاء سيرها من خلال تكملة حصة الشريك المغبون.

يطعن في القسمة للغبن بعريضة موقعة مؤرخة، ومتضمنة كافة البيانات المتعلقة بالعقار وبقيمة الحصة، إضافة إلى شهر العريضة متى تعلق الأمر بقسمة عقار، وعلى الشريك المغبون أن يثبت الغبن بكافة وسائل الاثبات، على أن ترفع الدعوى في غضون سنة يبدأ احتسابها من وقت القسمة.

يستعين القضاء بدوره في الفصل في دعوى الغبن بالخبرة التي تساعد في تقدير قيمة المال المشاع وقيمة حصة الشريك وقت القسمة، وإذا ثبت الغبن إذا توقف الدعوى بسبب تكملة الشركاء حصة الشريك المغبون، وفي الحالة المخالفة تبطل القسمة ويعود الشركاء إلى حالة الشيوع وتسقط جميع التصرفات المبرمة بعد القسمة من طرف الشركاء المتقاسمين، ليصوغ لكل منهم بعد ذلك الحق في طلب القسمة من جديد.

ودعوى نقض القسمة للغبن في التشريعات العربية يقابلها في التشريع الفرنسي دعوى تكملة الحصة للغبن، إذا اجاز المشرع الفرنسي للشريك المغبون رفع دعوى للمطالبة بتكملة الحصة.

أجاز المشرع الأردني فسخ القسمة الحاصلة بالتراضي وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد واخذ بمعيار الغبن الفاحش وربط الغبن بعنصر الاستغلال متبنيا نفس الموقف الذي أخذ به المشرع اللبناني.

اتفق التشريع الجزائري والتشريعات العربية في تحديد قيمة الغبن بما يزيد عن الخمس وبتحديد أجل رفع الدعوى بسنة تبدأ من وقت إجراء القسمة، بينما حدد المشرع الفرنسي مقدار الغبن بما يزيد عن الربع ومنح للشريك المغبون أجل سنتين لرفع دعوى تكملة الحصة.

سبقت الشريعة الاسلامية كعادتها التشريعات القانونية المعاصرة في تنظيم أحكام الغبن عامة، والغبن في القسمة خاصة وأجازت الطعن في القسمة الاتفاقية والقضائية على حد سواء على اختلاف المذاهب، وحدد الغبن بمقدار الغبن الفاحش والذي حدده الفقه الاسلامي أنه ذلك التفاوت الذي يدخل في تقويم المقومين.

و لقد ساير المشرع الأردني الموقف الذي اتخذه الحنفية في تصنيفهم للغبن الفاحش، فكل منهما اعتبر على أن الغبن الفاحش هو ذلك المال الذي يدخل في تقويم المقومين إذ نص المشرع الأردني في المادة 136 على أنه:" الغبن الفاحش في العقار وغيره هو مال يدخل تحت تقويم المقومين[1]."

---

[1] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 255.

المطلب الثاني: الطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال

عقد القسمة عقد قابل للطعن بالأبطال، فبالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على إمكانية إبطال عقد القسمة للمال المشاع، إلا أنه ووفقا للأحكام العامة يجوز طلب إبطال القسمة متى تواجدت كل أركان عقد القسمة ولكن ركن الرضا شابه خلل، كان يصدر التعبير عن الإرادة بناء على غلط أو إكراه، أو حيلة لحمل المتعاقد على إبرام عقد القسمة، وقد يصدر التعبير عن الإرادة سليما من العيوب ومع ذلك يجوز طلب إبطاله لصدور من ناقص الأهلية[1].

ما يميز عقد القسمة القابل للإبطال، أنه عقد يرتب كافة آثاره القانونية إلى أن يتقرر إبطاله بناء على طلب الشريك في الشيوع، والعلة في ذلك هو اختلال شرط من شروط الصحة التي يتطلبها القانون في أركان العقد كنقص أهلية الشريك في الشيوع أو أن إرادة أحد الشركاء كانت معيبة بغلط أو إكراه أو تدليس فما لم يتقرر إبطاله يبقى له نفس الحكم الذي يأخذه العقد الصحيح، وعلى الشريك الذي تقرر الابطال لصالحه أن يتمسك به لأن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها على خلاف البطلان وهذا ما نصت عليه المشرع الجزائري صراحة في القانون المدني[2].

ويختلف الإبطال الذي يكون نتيجة وجود عيب من عيوب الرضا أو نقص الأهلية عن البطلان، هذا الأخير هو جزاء يترتب على تخلف ركن من أركان عقد القسمة كأن يكون المال المشاع محل القسمة غير موجود، أو أن يتم اقتسام مال مشاع لم يستحق بعد، كقسمة تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه.

سأحاول من خلال هذا الفرع التطرق لكل صور الطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال و النزول عند كل حالة بشيء من التفصيل.

---

[1] – عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص221.

[2] – ق.م.ج المادة 99:" إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق."

الفرع الأول: الطعن في القسمة للغلط والإكراه والتدليس

أولا: الطعن في القسمة للغلط

الغلط لغة: أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب، غلط يغلط غلطا أي جهل وجه الصواب[1].

لم يعرف المشرع الجزائري الغلط، ولم يتطرق للغلط في القسمة الاتفاقية على اعتبارها عقد، واكتفى بذكر أوصافه وشروطه التي تمكن المتعاقد بطلب إبطاله[2]، وعرف الفقه الغلط أنه وهم يتولد في ذهن الشخص، فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته فيعتقد بوجود أشياء غير موجودة أو يتوهم وجود صفة كونها غير موجود[3]، والغلط في عقد القسمة أكثر انتشارا من غيره من العيوب الأخرى، ومثال أن يعتقد الشريك المتقاسم بموجب القسمة الاتفاقية بأن الجزء الذي سيؤول له هو الذي على الطريق الرئيسي، أي أن العقار الذي سيتملكه يقع في منطقة معينة ليتضح في ما بعد غير ذلك، لذا أجاز له المشرع أن يطلب إبطال العقد بسبب وقوعه في غلط، ولكن المشرع الجزائري اشترط لجواز الطعن في العقد أن يكون الغلط جوهريا أي يقع في صفة الشيء أو ذات المتعاقد والتي كانت الدافع للتعاقد، ومثال ذلك أن يكون المال المشاع مجموعة من المنقولات ويتفق الشريك مع سائر الشركاء على قسمة معينة معتقدا أن منقولا معينا بالذات سيؤول إليه، ليتضح في ما بعد أن ما آل إليه هو مال منقول غير الذي اتفق عليه مع الشركاء.

ولا يؤثر في صحة عقد القسمة مجرد الغلط في الحساب أو غلط مدون في العقد، ومثال ذلك أن يقع الشركاء في غلط أثناء حسابهم المساحة التي ستؤول لكل شريك معين كأن يعتقد الشريك أن ما سيؤول إليه هو 100 متر مربع ليتضح في ما بعد أن ما آل إليه ما دون ذلك نتيجة لغلط في العملية الحسابية التي أجراها الشركاء المتقاسمين، أو نتيجة لخطأ الخبير العقاري الذي عينه الشركاء بمحض إرادتهم ليتولى كيفية إجراء القسمة، أو أن هناك غلط في العقد نتيجة زلة القلم الموثق الذي تولى تحرير عقد القسمة، فبدلا من أن يكتب بأن ما آل للشريك هو مسافة 100متر مربع ،كتب 10 متر مربع، ولكن المشرع ولضمان استقرار العقد أوجب تصحيح الغلط[4].

---

[1] – ابى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد السابع ، دار صادر للنشر بيروت، دون تاريخ نشر ص 364.

[2] – ق.م.ج المادة 81 يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله."

[3] – عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص223.

[4] – ق.م.ج المادة 84 :" لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط."

ويرى جانب من الفقه أنه لا يترتب على الغلط إبطال العقد، بل قد ينصرف الإبطال إلى جزء منه، فيتم إبطال الجزء الذي وقع الغلط فيه، ويستقر العقد صحيحا بعد إبطال الجزء الذي وقع فيه الغلط، وذلك لأن هذا الأخير لم يلحق إلا جزء من العقد دون الأجزاء الأخرى ومثال ذلك أن تشتمل القسمة على عدة أموال منقولة وعقارية، ويبرم الشريك عقد القسمة مع سائر الشركاء معتقدا ملكيته لجزء من عقار ومنقول معين بالنظر إلى حصته الشائعة، ليتبين له أن ما اتفق عليه مع الشركاء بشأن العقارات كان صحيحا في حين أنه وبدل من أن يتملك المحل التجاري الذي اعتقد أنه سيتملكه، آلت إليه سيارة ضمن الملكية الشائعة، فالعقد وفقا لهذا الفقه صحيح بالنسبة للجزء الذي آل إليه في العقار وقابل للإبطال للغلط بالنسبة للمنقول[1].

والغلط وفقا للتشريع الجزائري يكون في عدة حالات، فالغلط في صفة جوهرية في الشيء، هو الغلط الذي يتبادر في ذهن المتعاقد ويحمله على إبرام العقد، ومثال ذلك أن يتفق الشريك مع الشركاء على اقتسام المال المشاع معتقدا أنه يشمل على عقار يتمثل في قطعة أرض فلاحية ليتضح أن ما تم اقتسامه هو قطعة أرض عمرانية، وقد يكون الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، أو أن يكون الغلط في الباعث أي السبب الدافع للتعاقد غير الذي اعتقده الشريك المتقاسم، كأن يتم اقتسام المال مهايأة بين الشركاء ويوافق الشريك على القسمة معتقدا أنها قسمة نهائية يتحدد فيها الجزء الخاص بكل شريك، و قد يكون الغلط في القيمة مثال ذلك اعتقاد الشريك لملكيته النصف في المال المشاع الذي يدفعه لإبرام عقد القسمة ليتبين له أن له مقدار الربع، واشترط المشرع أن يكون الغلط الذي تبلور في ذهن المتعاقد هو الدافع للتعاقد، سواء كان الغلط في صفة الشيء أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته[2]، وأخذ المشرع الجزائري بالغلط في القانون، كأن يتم إبرام العقد باعتقاد أن قانونا معينا هو الواجب التطبيق ليتضح تطبيق قانونا آخر وفقا لقواعد الاسناد[3].

---

[1] – عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص223.

[2] – ق.م.ج المادة 82 :" يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد."

[3] – ق.م.ج. المادة 83:" يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع، طبقا للمادتين 81 و82، مالم ينص القانون بغير ذلك."

ولم يشترط المشرع الجزائري صراحة على خلاف التشريعات العربية أن يكون الغلط مشتركا أي أن يكون اعتقاد جميع الشركاء خاطئا أثناء إبرام عقد القسمة، وهذا على خلاف المشرع المصري الذي نص في المادة 120 من القانون المدني:" إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه.[1]"

ويقابل هذا النص المواد 121 من القانون المدني السوري[2]، المادة 119 من القانون المدني العراقي[3]، والمادة 147 من القانون المدني الكويتي، والمادة 270 من قانون الموجبات والعقود اللبناني[4]، و المادة 120 في القانون المدني الليبي.

ويرى جانب من الفقه أن موقف المشرع الجزائري متذبذب بين الأخذ بالغلط الفردي والأخذ بالغلط المشترك، وتبريره في ذلك أن المشرع في نص المادة تطلب للدفع بالغلط في العقد أن يكون الغلط جوهريا ليتمكن المتعاقد من طلب إبطاله وهنا يظهر اتجاه المشرع للأخذ بفكرة الغلط الفردي، في حين نص في الفقرة الثانية أنه يكون الغلط جوهريا في صفة يراها المتعاقدان جوهرية، فكأنه يعترف بصفة غير مباشرة بنظرية الغلط المشترك الذي أخذت به التشريعات العربية[5]، فإما أن يستبدل لفظ المتعاقد في الفقرة الأولى ويعوض بالمتعاقدين ليساير في ذلك التشريعات العربية، أو أن يستبدل لفظ المتعاقدان المدرج في الفقرة الثانية بلفظ المتعاقد ويساير بذلك موقف المشرع الفرنسي[6].

كما قرر المشرع الجزائري حماية للمتعاقد حسن النية الذي لم يقع في الغلط، من خلال إمكانية توقيه إبطال العقد الذي تمسك به الطرف الآخر الذي وقع في الغلط، وذلك من خلال إبدائه استعداد لتنفيذ ما اعتقده الشريك ودفعه للتعاقد، ومثال ذلك أن يقع الشريك في غلط الباعث ويبرم عقد القسمة مع سائر الشركاء معتقدا أنها قسمة نهائية ليتبين أنها قسمة مهايأة الغرض منها الانتفاع وليس القضاء على

---

[1] – ق.م.م

[2] – ق.م.س

[3] – ق.م.ع.

[4] – محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 34.

[5] – نفس المرجع، ص 37.

[6] – Art 1110 C. c.fr : " L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention."

الشيوع، فيجوز في هذه الحالة أن يتوقى الشركاء حسني النية إبطال القسمة إذا أبدوا استعدادهم لأبرام عقد القسمة النهائية[1].

ويتم الطعن في القسمة الاتفاقية للغلط وفقا للشروط المقررة لرفع الدعوى، ويكون بعريضة موقعة مؤرخة مشتملة لكافة البيانات وكذا الواقعة المغلوط بشأنها، وعلى الشريك الذي وقع في الغلط أن يثبت الغلط وإن كان صعب الإثبات، لأنه عبارة عن اعتقاد أو وهم تبادر في فكر المتعاقد دفعه لإبرام عقد القسمة[2].

أما إذا كان الغلط مشتركا فيجوز لكل من الطرفين طلب إبطال القسمة استنادا لنص المادة 81 فلا يثور إشكال في هذه الحالة لأن هناك توافق على مصير العقد يبقى على المحكمة أن تحكم بإبطاله، أما إذا كان الغلط من طرف واحد فإما أن يتمسك الشريك بالغلط على أن يكون هذا التمسك في غضون خمس سنوات يبدأ سريانها من وقت العلم بالغلط على أن لا تتجاوز المدة عشر سنوات من وقت إبرام العقد[3].

ويجوز للشريك الذي وقع في غلط أن يقوم بإجازة العقد إما صراحة أو ضمنا[4]، ومثال ذلك أن ينتفع الشريك في الشيوع في بجزء من المال المشاع أو أن ينتفع به لمدة معينة حسب الاتفاق، وذلك بعد أن أبرم عقدا مع سائر الشركاء معتقدا أنه تم إبرامه لإنهاء حالة الشيوع.

وفي التشريع المصري نص المشرع صراحة على اشتراط الغلط المشترك لإمكانية طلب إبطاله وذلك في المادة 120من القانون المدني السالفة الذكر، واشترط بدوره على غرار نظيره الجزائري أن يكون الغلط جوهريا وهذا طبقا للمادة 121 من القانون المدني بنصها: " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد، لو لم يقع في هذا الغلط[5]."

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص:

---

[1] – ق.م.ج المادة 85:" ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد."

[2] – حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقييد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، سنة 20011، ص 28.

[3] – ق.م.ج المادة 101 :" يسقط الحق في إبطال العقد، إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد."

[4] – ق.م.ج المادة 100:" يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير."

[5] – ق.م.م.

إذا وقع في صفة في الشيء، تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد."

كما أخذ المشرع المصري بحالة الغلط في القانون كدافع للتعاقد في المادة 122 من القانون المدني بنصها:" يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقض القانون بغيره.[1]"

ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد أن من أكثر الصور انتشارا للغلط هو الغلط في القيمة كأن يقع الغلط في قيمة أحد أعيان المال المشاع، فلو قدر مال مشاع بقيمة تقل عن قيمته الحقيقية أو بقيمة تفوقها بكثير، جاز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين التي قدرت بأكثر من قيمتها أن يطعن في القسمة بالإبطال، ونفس الأثر بالنسبة للشركاء الآخرين إذا قدرت العين بأقل من قيمتها، فيجوز لهم طلب إبطال القسمة للغلط.

والغلط في القيمة لا يشترط فيه كالغبن نسبة معينة لجواز الطعن في القسمة للغبن، ويمكن لسائر المتقاسمين تفادي إبطال القسمة بإجراء قسمة تكميلية أو بتعويض الشريك الذي وقع في غلط، وفي هذه الحالة لا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بإبطال القسمة للغلط[2]، وذلك عملا بنص المادة 124 من القانون المدني التي تنص:" ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعاض مع ما يقضي به حسن النية.

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد[3]."

ويفضل جانب من الفقه على تسمية العقد الذي أبرم نتيجة غلط بالعقد الباطل بطلان نسبي، والغاية أن معيار التفرقة بين هذا الأخير والعقد الباطل بطلان مطلق هو نوع المخالفة في العقد أو القاعدة التي تم خرقها، ففي البطلان النسبي المخالفة تكون في نوعية التراضي الذي صدر معيبا أو في عدم أهلية المتعاقد فالبطلان قرر لحماية مصالح الأطراف، خاصة المتعاقد الضعيف، بينما المخالفة في البطلان المطلق تكون في إحدى أركان العقد أو لمخالفته النظام العام والآداب العامة، فهدف البطلان المطلق هو حماية المصلحة العامة[4].

---

[1] – محمد المنجى، المرجع السابق، ص 336.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 899.

[3] – محمد المنجى، المرجع السابق، ص 343.

[4] – عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص221.

كما قرر المشرع الأردني بطلان العقد إذا وقع الغلط في عناصره الجوهرية أو في شروطه أو في المحل وهو ما نصت عليه المادة 152 من القانون المدني:" إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط انعقاده، او في المحل بطل العقد." ويقابل هذه المادة في التشريع العراقي المادة 117-1 من القانون المدني العراقي[1]، وفي التشريع السوري، نص المادة 122 من القانون المدني السوري[2].

وفي التشريع الفرنسي أفرد القانون أحكام خاصة بإبطال القسمة وهذا على خلاف المشرع الجزائري، فمتى كانت إرادة الشريك معيبة بإحدى عيوب الإرادة، أجاز القانون الفرنسي إبطال القسمة، متى كان الغلط هو الدافع لإبرام عقد القسمة، غير أن المشرع الفرنسي أجاز تصويب القسمة متى أمكن إيجاد طريقة أخرى بدل إبطالها نتيجة لعيوب الإرادة من بينها الغلط، إذ أجاز القانون للمحكمة أن تأمر بناء على طلب أحد الأطراف، إجراء قسمة تكميلية أو قسمة تصحيحية[3].

وتطرق المشرع الفرنسي إلى الحالة التي لا تقبل فيها دعوى إبطال القسمة من الشريك المتقاسم، إذا كانت مؤسسة على الغلط أو التدليس أو الإكراه، وذلك حينما يتصرف الشريك المتقاسم في الجزء الذي آل إليه كليا أو جزئيا، بعد اكتشافه الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه[4]، إذ يكون بهذا التصرف قد أجاز

---

[1] – ق.م.ع.

[2] – أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر طبعة2011، ص502.

[3] – Art 887 C. c.fr : " Le partage peut être annulé pour cause de violence ou de dol. Il peut aussi être annulé pour cause d'erreur, si celle-ci a porté sur l'existence ou la quotité des droits des copartageants ou sur la propriété des biens compris dans la masse partageable. S'il apparaît que les conséquences de la violence, du dol ou de l'erreur peuvent être réparées autrement que par l'annulation du partage, le tribunal peut, à la demande de l'une des parties, ordonner un partage complémentaire ou rectificatif."

pour cause d'erreur, si celle-ci a porté sur l'existence ou la quotité des droits des copartageants ou sur la propriété des biens compris dans la masse partageable. S'il apparaît que les conséquences de la violence, du dol ou de l'erreur peuvent être réparées autrement que par l'annulation du partage, le tribunal peut, à la demande de l'une des parties, ordonner un partage complémentaire ou rectificatif."

[4] – Art 888 C. c.fr : " Le copartageant qui a aliéné son lot en tout ou partie n'est plus recevable à intenter une action fondée sur le dol, l'erreur ou la violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol ou de l'erreur ou à la cessation de la violence."

الشريك الذي وقع في الغلط العقد الذي أبرمه مع سائر الشركاء، وبمفهوم المخالفة إذا تم اكتشاف الغلط بعد التصرف جاز للشريك طلب إبطال القسمة.

كما أخذ المشرع الفرنسي بنظرية الغلط الفردي صراحة ولم يشترط على خلاف المشرع المصري أن يكون الغلط مشتركا، إذ أجاز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب بطلان العقد[1]، ويجب عليه أن يرفع دعوى وفقا للشروط المقررة لذلك في غضون أجل خمس سنوات تحتسب من يوم اكتشاف الغلط[2].

وإذا كان الغلط بخصوص مال لم تشمله القسمة لم يدرج ضمن القسمة، يبقى هذا المال مشاع بين الشركاء إلى حين إجراء قسمة تكميلية[3].

ولدى الفقه الاسلامي عيب الغلط يعبر عنه بالجهالة، و ما ترتبه هذه الأخيرة في هو فساد العقد، والعقد الفاسد هو تغيير الشيء عن حالته السليمة وخروجه عن الاعتدال، أما اصطلاحا فيفيد للدلالة على حالة في العقد تجعله مختلا في بعض نواحيه الفرعية، وهذا الاختلال يضعه في مرتبة بين العقد الصحيح والعقد الباطل، فلا هو بالعقد الباطل كون أن جميع أركانه مجتمعة ولا هو بالعقد الصحيح لأن فيه مساس بنظام التعاقد وهو ما عبر عنه الحنفية بالعقد الفاسد[4].

و يتميز المذهب الحنفي عن غيره من المذاهب، إذ اعتبر المخالفات التي تعتري العقد وتجعله غير صحيح ليست على درجة واحدة، فإذا وقعت المخالفة في المسائل الرئيسية كان العقد باطلا أما إذا كانت

---

[1] – Art 1110 C. c.fr : " L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention."

[2] – Art 1304 C. c.fr : " Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts. Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation ; et à l'égard des actes faits par un majeur protégé, que du jour où il en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de les refaire valablement. Il ne court contre les héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle que du jour du décès, s'il n'a commencé à courir auparavant."

[3] – PHILIPPE Malaurie,opt cit , p .483

[4] – أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الاسلامي، دار الأنصار للنشر سنة 1982، ص102.

المخالفة في مسائل العقد الثانوية كان العقد فاسدا لذا يطلق على العقد الفاسد "المشروع بأصله لا بوصفه"، ولتحديد عدم مشروعية أصل العقد أو وصفه ينظر إلى مقوماته أو أركانه، فإذا ورد النهي شرعا على مقوماته كعدم وجود المتعاقد أو عدم وجود المحل أو انعدام الرضا، ففي هذه الحالة كان العقد غير مشروع في أصله لا في وصفه فهو عقد باطل، أما إذا كانت عدم مشروعية العقد في وصف من أوصافه أو شرط من شروطه كان العقد فاسدا ومثال ذلك الجهالة في العقد[1].

ويرى الفقه الحنفي أن الجهالة المراد بها والتي تجعل العقد فاسدا هي الجهالة الفاحشة والتي تخلق نزاع بين المتعاقدين، كأن يوقع الشريك على عقد القسمة دون أن يعلم الجزء الذي سيؤول إليه، أما الجهالة اليسيرة فلا تؤثر على صحة العقد[2]، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في العقود لما اشترط في الغلط أن يكون جوهريا أي في مسألة أساسية في العقد بحيث لو علم بها المتعاقد لما أبرم العقد[3].

أما بالنسبة لباقي المذاهب وموقفها من الغلط في العقود، فلم تولي اهتماما كبيرا بموضوع الغلط والعلة في ذلك أن الفقه الاسلامي يعتد بالإرادة الظاهرة من الإيجاب والقبول لبناء العقد، وكما أن الغلط ليس عذرا مانعا من تنفيذ العقد، فمن أبرم عقدا ما كان ملزما بتنفيذه ولو كان يجهله، والقول بعدم تنفيذ العقد بسبب الجهل أو الغلط يؤدي إلى تعطيل العقود بوجه عام، ويفتح زاوية لمن أراد أن يتنصل من العقد بأن يدعى فيه الغلط، ومثال ذلك أن يبرم الشريك المتقاسم مع سائر الشركاء عقد القسمة الاتفاقية معتقدا بأن له النصف فإذا يؤول له الثلث بمقتضى القسمة، فالعقد يكون نافذا ولو كان جاهلا لمقدار حصته الشائعة، إذ كان عليه التروي للتأكد من مقدار حصته قبل الإقدام على التوقيع على العقد، فيعتبر في هذه الحالة مقصرا[4].

ويرى جانب من الفقه أن كل من المذهب الشافعي والمالكي والحنبلي تسوى بين العقد الفاسد والعقد الباطل لنهي الشارع عنه، سواء كان النهي لخلل في أصل العقد أو في وصف ملازم له، فكلاهما

---

[1] – عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتاب العلمية للنشر، طبعة 2009، ص 310.

[2] – عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 311.

[3] – ق.م.ج المادة 82 :" يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد."

[4] – محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 200.

عقد باطل، لذلك أفرد الفقه الحنفي رأيه عن سائر المذاهب وفرق بين العناصر الأساسية للعقد والخلل الذي يعتري وصف من أوصافها، ويعبر في هذا الصدد الإمام الشافعي رحمه الله عن العقد الفاسد بالباطل، على أساس أن كلا من العقد الفاسد والعقد الباطل منهي عنه شرعا، وأن المنهي عنه حرام ولا يصلح لأن يرتب التزاما ولا لأن يثبت ملكا، وبأنا لنهي إن ورد على الوصف فقد ورد على الأصل[1].

ويرى الإمام أبو زهرة في هذا الصدد أن الغلط قسمان أحدهما يبطل العقد بطلان مطلق والقسم الثاني لا يرتب البطلان ولكنه لا يكون ملوما بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في غلط ويكون له الحق في فسخ العقد،

فالقسم الأول من الغلط الذي يرتب البطلان هو الذي يكون في جنس محل العقد كأن يعتقد الشريك في الشيوع أن محل القسمة عقار في حين يتبين أنها قسمة لمنقولات مملوكة على الشيوع، أو أن اعتقاد الشريك ومحل العقد هما من نفس الجنس ولكن يختلفان من حيث الانتفاع، بالتالي إذا اختلف المال الذي تم وصفه والمال المعين اختلافا بينا يكون العقد باطلا لأن العبرة بالمذكور الموصوف في العقد وبتخلفه يبطل العقد، ومثال ذلك أن تتعلق القسمة بمنقولات مملوكة على الشيوع ويبرم الشريك عقد القسمة معتقدا أن محل القسمة المحلات التجارية المملوكة على الشيوع[2]، ليتضح في ما بعد أن موضوع القسمة هو سيارات أو غيرها من المنقولات.

بينما القسم الثاني من الغلط فلا يكون باختلاف محل العقد بالجنس، ولا يكون الاختلاف بين ما اعتقده الشريك وتم في عقد القسمة اختلافا إلى درجة التفاوت من حيث الانتفاع، فالغلط هنا يكون في مسائل غير جوهرية، كم يبرم عقد قسمة عقار معتقدا أن الجزء الذي يؤول له هو على الطريق الرئيسي، بينما الجزء الذي وقع في نصيبه بعد القسمة الفعلية وقع على الطريق الفرعي، فالتفاوت ليس جوهريا فالمال المقسوم هو عقار والقسمة نهائية فالاختلاف هنا يكون فقط في درجة الانتفاع أو في مسائل ثانوية، ففي هذه الحالة يتم العقد صحيحا، ولكنه يبقى للشريك الذي وقع في غلط أن يفسخ العقد لعدم

---

[1] – محمد حسين، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة 1988، ص28.

[2] – المحل التجاري مال منقول معنوي يتكون من مجموعة من العناصر المنقولة بعضها مادي كالبضائع والآلات والمعدات، وبعضها معنوي كالعنوان التجاري والاسم التجاري والحق في الإيجار والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وحقوق الملكية الصناعية، عن هذا التعريف أنظر إلى كتاب عمورة عمار، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر، دون تاريخ النشر، ص129، نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2006، ص206.

توافر وصف مرغوب فيه والذي أبرم العقد على أساسه، فلابد ليرتب الالتزام أثره أن يكون هناك إرادة جديدة من العاقد إما بقبول العقد بعد اكتشاف العيب أو فسخ العقد لتخلف الوصف المعقود عليه[1].

ويرى الأستاذ وهبة الزحلي أنه يجوز نقض القسمة في حالة الادعاء بغلط وإثباته، ويكون مصيرها هو الفسخ في حالة ما إذا أثبت الشريك الذي و يدعى بوقوع نصيبه في يد شريك آخر نتيجة غلط، ويستدل بالبينة أو بإقرار خصمه، وإذا لم يكن بيده دليل يستدل به يستحلف الشركاء، فمن نكل منهم جمع بين نصيبه ونصيب المدعي ويقسم بينهما على مقدار حصتهما، أما من حلف فلا يلزم بإعادة القسمة، ويقول الشافعية في هذا الصدد انه لو ثبت غلط أو حيف في قسمة إجبارية كانت أم رضائية، وكانت القسمة نهائية جاز نقضها[2].

ثانيا: الطعن في القسمة للإكراه

القاعدة العامة في القسمة الاتفاقية للمال المشاع أن الشريك حر في إبرام عقد القسمة، ولكن قد يقع وأن يوقع الشريك على عقد القسمة وهو مكره على ذلك، كون ذلك الضغط الذي تعرض له كان الدافع للتعاقد.

وعى هذا الأساس يمكن تعريف الإكراه أنه وسيلة للتخويف والشدة، تمارس ضد شخص المتعاقد ما يولد في نفسيته رهبه تدفعه على التعاقد خشية الأذى، فالإكراه يختلف عن الغلط كون أن فعل التخويف صدر من شخص غير المتعاقد المكره، على خلاف الغلط الذي يكون نتيجة اعتقاد تولد لدى الشخص بمحض إرادته مما دفع على التعاقد[3].

ولم يعرف المشرع الجزائري الإكراه، ولكنه أجاز للمتعاقد المكره أن يبطل العقد إذا كانت الرهبة التي بعثها المتعاقد الآخر الدافع التعاقد[4]، ويقسم الفقه القانوني الإكراه إلى نوعين الإكراه المادي والإكراه

---

[1] – الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للنشر، طبعة 1986، ص459.

[2] – وهبة الزحلي، المرجع السابق، ص 4768.

[3] – علي السيد أحمد، المرجع السابق، ص228.

[4] – ق.م.ج المادة88 فقرة أولى :" يجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم، او الشرف، أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه."

المعنوي، ففي الإكراه المادي تكون الإرادة معدومة لأن الاختيار معدوم ويكون العقد بموجبه باطل بطلان مطلق، ومثال ذلك أن يمسك الشركاء بيد الشريك في الشيوع ويرغمونه على التوقيع على عقد القسمة، وهذا النوع من الإكراه لا يدخل في عيوب الرضا لأنه يعدم الرضا وحكمه البطلان لا الإبطال.

أما النوع الثاني، هو الإكراه الناشئ عن التهديد والذي يكون مصحوبا بأعمال مادية، فما يحمل الشخص على التعاقد ليس الإكراه وإنها الخوف الذي تولد عنه وهذا النوع من الإكراه هو الذي قصده المشرع في المادة 88 من القانون المدني[1].

ويجب على من وقع له إكراه في العقد أن يطالب به في غضون خمس سنوات من وقت انقطاع الإكراه، على ان لا تتجاوز المدة الإجمالية بين وقت إبرام العقد ووقت المطالبة عشر سنوات[2].

ولا يجوز التمسك بالإكراه إذا لم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الإكراه، أما إذا أثبت الشريك في الشيوع بأن باقي الشركاء كانوا يعمون أو من المفترض أن يعلموا بهذا الإكراه، جاز وفقا للقواعد العامة المطالبة بإبطال عقد القسمة[3].

فليتحقق الإكراه في العقود، لابد من استعمال وسائل للضغط على الشريك لإبرام العقد، وان تكون الرهبة التي تولد لدى الشخص هي الدافع للتعاقد، ما يدفع الشريك للمطالبة بإبطال العقد الذي أبرمه بعد زوال الإكراه متبعا في ذلك الخطوات التي رسمها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لرفع الدعوى وملتزما بشكل وآجال دعوى الإكراه.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه من الفقه ما يفضل لفظ الرهبة بدل الإكراه الوارد في النصوص القانونية، واستحسن ما قام به المشرع اللبناني في قانون الموجبات اللبناني في المواد من 210 إلى 212، وكذا مجلة الالتزامات والعقود التونسية في المادتان 52 و55 حينما لقب الإكراه بالخوف.

تكون العبرة في تقدير الإكراه في شخص المكره وما يحيط به من ظروف، ولا ينظر إلى وسائل الإكراه ومدى تأثيرها في الشخص العادي، فلو كان الشخص المكره يتمتع بنفسية ضعيفة فتكفي وسائل غير جدية لزرع الرهبة في نفسه، ويكون ذلك كافيا لتعيب إرادته وهو ما قصده المشرع الجزائري حينما نص في المادة 88 عليه أنه يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، بل وأضاف المشرع حتى الظروف المحيطة بالشخص، فلو كان الشريك في الشيوع تاجرا واحتاج لأموال لإنقاض مشروعه في ظل أزمة مالية مر بها، تكون إرادته في القسمة الاتفاقية معيبة.

---

[1] – محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص69.

[2] – ق.م.ج المادة 101 السالفة الذكر.

[3] – ق.م.ج المادة 89:" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه."

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ أول نوفمبر 1948، على أنه المعيار النفسي للشخص المكره هو الذي يحدد جسامة الخطر الذي ينشأ عنه الإكراه في العقد[1].

وفي التشريع المصري اشترط المشرع على الشريك المكره لجواز قبول دعواه للإكراه أن يكون تعاقد تحت سلطان رهبة بينة بثها المتعاقد الآخر، وساير المشرع المصري نظيره الجزائري في الأخذ بالمعيار الشخصي لتقدير الإكراه وذلك بأخذ بعين الاعتبار حالة الشخص الذي وقع له الإكراه، إذ نص في المادة 127 من القانون المدني على ما يلي:" يجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة، بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس[2]."

وتكون الرهبة قائمة على أساس، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها، أن خطرا محدقا جسيما يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه، جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه"، كما أجاز الطعن في العقد للإكراه حتى ولو صدر الإكراه من الغير بشرط أن يكون الشريك الآخر عالما بهذا الإكراه أو من المفترض أن يعلم به، أما إذا لم يكن الطرف الآخر مدرك للإكراه الذي صدر من الغير فلا يجوز المطالبة بإبطال العقد وهو ما نصت عليه المادة 128 من القانون المدني:" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره ان يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر، كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه.[3]"

وفي التشريع الفرنسي أجاز القانون المدني صراحة إبطال القسمة للإكراه[4]، ولم يجز المشرع الفرنسي للشريك ان يطعن في القسمة للإكراه إذا تصرف في الجزء الذي آل إليه بعد انقطاع الإكراه[1]،

[1] – محمد سعيد جعفور المرجع السابق، ص 80.

[2] – ق.م.م.

[3] – محمد المنجى، المرجع السابق، ص 354.

[4] – Art 887 C. c.fr : " Le partage peut être annulé pour cause de violence ou de dol. Il peut aussi être annulé pour cause d'erreur, si celle-ci a porté sur l'existence ou la quotité des droits des copartageants ou sur la propriété des biens compris dans la masse partageable. S'il apparaît que les conséquences de la violence, du dol ou de l'erreur peuvent être réparées autrement que par l'annulation du partage, le tribunal peut, à la demande de l'une des parties, ordonner un partage complémentaire ou rectificatif."

أجاز التشريع الفرنسي إبطال العقد ولو كان الإكراه صادر من الغير[2]، وعلى خلاف المشرع الجزائري الذي أخذ بالمعيار الشخص في الفقرة الثالثة من المادة 88، تذبذب موقف المشرع الفرنسي في الأخذ بالمعيار الموضوعي، والأخذ بالمعيار الشخصي، فنص في المادة 1112 من القانون المدني على أنه يجب أن يكون من شأن الإكراه التأثير في الشخص العادي ليتمكن من طلب إبطال العقد وأن تكون تلك الرهبة التي ولدت اعتقاد الخطر على ذات الشخص أو ثروته هي الدافع للتعاقد، وأن يكون الخطر المهدد جسيما وحالا، بينما نص في نفس المادة في فقرتها الثانية، على أنه يؤخذ بعين الاعتبار في تقدير الاكراه سن الشخص وجنسه وحالته الشخصية[3]، وعلى إثر هذا التذبذب يفضل غالبية الفقه الفرنسي الأخذ بالمعيار الشخصي[4].

ويضيف المشرع الفرنسي أن مجرد الرهبة التي تتولد في نفسية الشخص عند تقديره أو عند إبداء وقاره واحترامه للأب أو الأم أو شخص آخر من أصوله، لاتعد سببا لإبطال العقد، ماعدا حالة الإكراه الذي يصدر من هؤلاء الأشخاص، ففي هذه الحالة وبمفهوم المخالفة يكون العقد قابلا للإبطال[5]، ولا يجوز رفع دعوى لإبطال العقد إذا تم المصادقة عليه بعد زوال الإكراه[6]، وفي الحالة المخالفة يجب ان

---

[1] – Art 888 C. c.fr : " Le copartageant qui a aliéné son lot en tout ou partie n'est plus recevable à intenter une action fondée sur le dol, l'erreur ou la violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol ou de l'erreur ou à la cessation de la violence."

[2]– Art 1111 C. c.fr : " La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite."

[3]– Art 1112 C. c.fr : " Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes."

[4] – محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 81.

[5] –Art 1114 C. c.fr : " 1114La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat."

[6]– Art 1115C. c.fr : " Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé soit expressément, soit tacitement, soit en laissant
passer le temps de la restitution fixé par la loi."

ترفع دعوى إبطال عقد للإكراه خلال أجل خمس سنوات تسري من يوم انقطاع الإكراه، وذلك وفقا للمادة 1304 من القانون المدني السالفة الذكر.

ويرى جانب من الفقه ان الإكراه في القسمة يجيز للقاضي إجراء قسمة تكميلية أو تصحيحية متى كان هناك إكراه ورافقه غش وتدليس من المتقاسمين[1].

و قد نهى الشرع الإسلامي على كل ضغط يمارس لتوليد الرهبة والتخويف في نفسية الغير قال الله تعالى:" ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩﴾" الآية 29 من سورة النساء، وعن إبن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه. " رواه ابن ماجة والبيهقي.

عرفت مجلة الأحكام العدلية الإكراه في مادتها 948على انه " إجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق دون رضاه بالإخافة[2]" ، و يقسم بعض الفقه الإكراه إلى صنفان، إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ ومعيار التفرقة في درجة وجسامة الإكراه فالإكراه الملجئ يتحقق عندما يكون التهديد بقتل الشخص أو ببتر أحد الأعضاء، أو بالضرب الشديد المؤدي إلى الوفاة، أو بإتلاف المال كله، وسواء كان التهديد في الجسم او الشرف أو المال أو العرض، فإنه يؤدي إلى تحقق الإكراه الملجئ، وتكون العبرة وفقا للتشريع الاسلامي إلى تحديد الأشخاص الذين يشمله الإكراه ليعتبر إكراه ملجئ، وهو ما نهجه المشرع الفرنسي والذي حدد الأشخاص في المتعاقد إذا كان هو المكره على التعاقد وزوجه أو فروع المتعاقد أو أصوله[3].

أما الصنف الثاني هو الإكراء غير الملجئ وهو كل ما يشق على النفس احتماله كإتلاف بعض المال، أو ضرب لا يؤدي إلى الوفاة او بالتهديد بأذى النفس، أما الإكراه اليسير فلا يأخذ بعين الاعتبار لأنه لا يؤثر في صحة التصرف وليس بدرجة الجسامة للتأثير على إرادة الشخص.

وقد تباينت مواقف الفقه الإسلامي حول أثر الإكراه على العقود، فذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يعتبر باطلا العقد الذي يتم بإكراه المتعاقد وأشبهوا العقد الذي تم بإكراه مثل تصرف الصبي والمجنون، بينما ذهب أبوا حنيفة إلى القول بفساد العقد وعدم بطلانه وفي رأي الحنفية ان المتعاقد المكره يمكنه ان

---

[1] – PHILIPPE Malaurie,opt cit , p .483

[2] – مجلة الأحكام العدلية تقنين إسلامي رسمي لأحكام الشريعة الإسلامية من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي، أنظر لكتاب محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص127.

[3] –Art 1113 C. c.fr : " La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants."

يجيز العقد بعد زوال الإكراه فلا حاجة لبطلانه، لأن المصلحة هنا خاصة بالمتعاقد وليس بمصلحة شرعية عامة[1].

ثالثا: إبطال القسمة الاتفاقية للتدليس

التدليس لغة: من دلس يدلس والدلس أي الظلمة يقال فلان لا يدالس أي لا يخادع ولا يغدر، والتدليس في البيع كتمان عيب السلعة[2].

عرف بعض الفقه التدليس أنه استعمال طرق احتيالية بقصد ايقاع المتعاقد في غلط يدفه إلى التعاقد[3]، ويعرفه البعض الآخر على أنه تضليل العاقد باستعمال وسائل احتيالية بقصد إبهام المتعاقد بوجود مسألة غير موجودة في الواقع المحسوس[4].

وعلى خلاف الغلط الذي يكون نتيجة لاعتقاد المتعاقد نفسه، يكون التدليس بفعل المتعاقد الآخر، ولم يعرف المشرع الجزائري التدليس ولكن يمكن استخلاص أركانه من نص المادتين 86 و87 من القانون المدني، فهي مناورة يلجأ إليها شخص لحث المتعاقد الآخر على إبداء رغبته بعد تغليطه، وتتم هذه المناورة عن طريق تجسيد مشهد، أو نتيجة الكذب، وقد يكون بهما معا، هذه المناورة خداع من المتعاقد الآخر والتي ينتج عنها فساد الرضا[5].

و يشترك كل من التدليس المدني والتدليس الجزائي في كونهم يجعلان إرادة ورضا المجني عليه مشوبة بعيب من عيوب الرضا. غير أنهما يختلفان عن بعضهما كون التدليس المدني يتمثل في الكذب أو السكوت العمدي الذي يدفع بالمتعاقد الآخر للوقوع في الغلط ولو كان يعلم به لما كان ليبرم العقد طبقا لنص المادة 86 من القانون المدني بالتالي فإن القانون المدني يكتفي بالسكوت العمد عن واقعة أو ملابسة لإعطاء الطرف الذي تم خداعه الحق في المطالبة ببطلان العقد[6]، غير أن التدليس الجزائي لا

---

[1] – عصمت عبد المجيد بكر المرجع السابق، ص312.

[2] – ابى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، دار صادر للنشر، دون تاريخ نشر ص 86.

[3] – عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 225.

[4] – محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص40.

[5] – Ali Bencheneb, le droit algérien des contras, Données fondamentales, Editions AJED 2011, p98.

[6] – ق.م.ج المادة 86:" يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني للعقد.

يكتفي المشرع لقيامه على السكوت العمد عن واقعة بل حدد في نص المادة 372[1] من قانون العقوبات الطرق التدليسية بالتالي فكل استيلاء على مال الغير يتم بغير الطرق التدليسية المحددة في نص تلك المادة لا يعد نصبا[2]، إلى جانب ذلك فإن التدليس المدني يختلف عن التدليس الجزائي من حيث الجزاء، فالقانون المدني رتب على التدليس المدني جواز إبطال العقد من طرف المتعاقد المدلس أما القانون الجزائي فرتب على ذلك عقوبات جزائية تتمثل في الحبس والغرامات بالتالي فهو لا يكتفي بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد كما هو في القانون المدني.

ويشترط لاعتبار التدليس سبب لطلب إبطال العقود بوجه عام وعقد القسمة على الخصوص توافر عنصران أساسيان هما العنصر المادي والعنصر المعنوي.

يتحقق العنصر المادي باستعمال طرق تدليسية من شأنها أن تولد لدى المتعاقد وهم خاطئ واشترط المشرع أن تكون الحيلة التي لجأ إليها المتعاقد من الجسامة ما يجعل المتعاقد يمتنع عن إبرام العقد لو علم بها، فلا يعبر مجرد الكذب تدليسا لطلب إبطال العقد سيما في عقود المعاوضة إذ يسعى كل طرف إي المبالغة وحتى الكذب في وصف ما يعرضه للمبادلة، ولكن إذا اقترن الكذب بمظاهر مادية خارجية نكون هنا أمام تدليس، ويعتبر تدلسا السكون عن واقعة او ملابسة، بحيث لو علم بها المتعاقد لما أبرم العقد، ومثال ذلك أن تتعلق الملكية الشائعة بعدة عقارات وأراضي فلاحية، وتتم القسمة الاتفاقية بين عدة شركاء، ينفرد بموجبها كل شريك بعقار معين، ويعلم الشركاء أن الجزء الذي سيؤول إلى أحدهم هو أرض لا تصلح للزراعة مثلا أو أنها تقع بمنطقة يجهل موقعها، او أنها محل نزاع قضائي مع أشخاص آخرين،

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة او ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان لبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة."

[1] – ق.ع.ج المادة 372 الفقرة الأولى: "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو ووعود او مخالصات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه أو باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء او في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى او وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى 05 سنوات على الأكثر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج"

[2] – النصب هو استعمال وسيلة من وسائل التدليس، وذكر المشرع في نص المادة 372 وسائل التدليس، وقد يتبادر للأذهان أن وسائل الاحتيالية المذكورة جاءت على سبيل الحصر لكن المشرع ذكر بعض الحالات ذات المدلول الواسع التي يمكن تطبيق عليها جريمة النصب مثل عبارة " أو إلى الحصول على أي منها" وعبارة " أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء او في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى او وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها"، عن هذا التعريف أنظر أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة للنشر، طبعة 2008.

ويخفي الشركاء ذلك عن شريكهم لتحقيق مصالحهم الشخصية مدركين أنهم لو أعلموا الشريك بحقيقة ما سيؤول إليه من جراء القسمة، لامتنع عن إجرائها.

أما العنصر المعنوي فيتمثل في نية التضليل لدى الغير لحمل الشخص على التعاقد، ومثال ذلك أن يكون الشريك في الشيوع منتفعا بعقار متمثل في قطعة أرض بموجب قسمة مهايأة زمانية، ثم يريد الشركاء إجراء قسمة نهائية، ويبرم الشركاء القسمة معتقدين أن العقار أرض فلاحية خصبة، أو أنه خالي من الديون، ويخفي الشريك الذي كان حائزا حقيقة العقار، أو الرهون التي رتبها على العقار، بحيث لو علم الشركاء بحقيقة العقار لما أبرموا عقد القسمة، فنية التضليل لدى الشريك الذي كان منتفعا بالقسمة واضحة.

ولا يشترط في التدليس أن يصدر من المتعاقد الآخر ليتمكن الشخص من طلب إبطاله، بل وقد يصدر من الغير ويكون المتعاقد الآخر عالما به أو من المفترض أن يعلم به[1].

فيجوز الطعن في القسمة الاتفاقية إذا لجأ الشريك أو الشركاء لاستخدام الحيلة لحمل شريكهم أو سائر الشركاء لإبرام القسمة النهائية للمال المشاع[2]، وتكون العبرة بمدى تأثير الحيلة على الشريك المتعاقد لا الحيلة في حد ذاتها ، ويثبت إثبات التدليس بكافة وسائل الإثبات المقررة قانونا من طرف الشريك المتعاقد الذي تعرض للتدليس[3].

وعلى من يدعى التدليس في العقد، أن يرفع دعوى أمام المحكمة المختصة للنظر في دعوى التدليس متبعا في ذلك الشروط المقررة قانونا لرفع الدعوى، وخلال اجل خمس سنوات، على أن لا يتجاوز أجل رفع الدعوى أجل عشر سنوات من وقت إبرام العقد وفق للمادة 101 السالفة الذكر.

ويرى جانب من الفق أنه يمكن إنقاص العقد في حالة التدليس، فيسقط الشق الباطل، ويبقى الشق الصحيح من العقد، فلو اشتمل التدليس على جزء من العقد جاز إبطال جزء من العقد الذي تم بالتضليل، وإبقاء الجزء الآخر من العقد[4].

وأجاز المشرع المصري إبطال العقد إذا استخدم المتعاقد الاخر حيلة لجعل المتعاقد يبرم العقد، وذلك وفقا للمادة 125 من القانون المدني بنصها:" يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

---

1 – ق.م.ج المادة 87:" وإذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس."

2 – محمد عبر الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 318، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص899.

3 – محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 53.

4 – عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 227.

ويعتبر تدليسا، السكون عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد، لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة[1]."

فإذا استخدم الشريك في الشيوع حيل لجعل الشريك الاخر يبرم عقد القسمة، جاز للشريك المدلس أن يطلب إبطال القسمة، حتى ولو تمثل التدليس في سكون عن وقائع من شأنها أن تجعل الشريك الذي أخفيت عنه يمتنع عن إبرام عقد القسمة لو علم بها.

وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1ديسمبر 1949، بعد أن قررت بطلان القسمة التي تمت بناء على تدليس صادر من أحد المقتسمين الذي أخفى حقيقة الأرض التي كانت محل نزاع، وألهم شريكه المتقاسم بأن يختص بجزء كان مآله الاستحقاق من ملك الوقف ليأخذ، هو الجزء الذي كان مستبعدا من الاستحقاق، واعتبرت المحكمة أن ما لجأ إليه الشريك هو حيلة تفسد رضا من خدع بها[2].

ولتوفير حماية أكبر للمتعاقد المدلس أجاز له القانون المصري طلب إبطال العقد في حالة ما صدر التدليس من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس او يفترض علمه به، إذ نصت المادة 126 من القانون المدني على أنه:" إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس أن يطلب إبطال العقد، مل لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس."

وهو ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1933/05/18 بأنه يجوز طلب إبطال العقد للتدليس إذا كان المتعاقد الآخر عالما بهذا التدليس وتقول المحكمة في هذا الصدد بأنه " الغش الحاصل من أجنبي بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضا، كالغش الحاصل من المتعاقد نفسه[3]."

وفي التشريع الفرنسي نص المشرع صراحة على خلاف المشرع الجزائري على أنه يجوز للشريك في الشيوع طلب إبطال القسمة للتدليس[4]، ويمكن تجنب هذا الإبطال بوسيلة أخرى يجوز للمحكمة أن

---

[1] – ق.م.م.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص899.

[3] – محمد المنجي، المرجع السابق، ص 352.

[4] – Art 1113 C. c.fr : " 887 Le partage peut être annulé pour cause de violence ou de dol. Il peut aussi être annulé pour cause d'erreur, si celle-ci a porté sur l'existence ou la quotité des droits des copartageants ou sur la propriété des biens compris dans la masse partageable. S'il apparaît que les conséquences de la violence, du dol ou de l'erreur

تأمر بقسمة إضافية أو تصحيحية بناء على طلب من الأطراف، ولا يجوز للشريك رفع دعوى على أساس التدليس في القسمة إذا تصرف في الجزء الذي آل إليه بعد اكتشاف الوسائل الاحتيالية المستخدمة التي دفعت بالشريك لإبرام عقد القسمة وفقا لأحكام المادة 888 السالفة الذكر.

واشترط المشرع الفرنسي أن تكون الحيلة التي لجأ إليها من الجسامة بحيث بدون هذه الحيلة لما أقدم الشريك أو المتعاقد الآخر على إبرام العقد، ويشترط في نفس الصياغ وعلى خلاف المشرع الجزائري أن تكون الحيلة ظاهرة وأن تكون صادرة من المتعاقد ولم يتطرق إلى التدليس الصادر من النائب كما فعل المشرع الجزائري[1]، فالعقد الذي أبرم بموجب تدليس يعطي للمتعاقد المدلس الحق في رفع دعوى إبطال

العقد[2] ، وذلك وفق أجلا محددا لرفعها يتمثل في خمس سنوات يبدأ سريانها من وقت اكتشاف الحيلة[3].

أما إذا صدر التدليس من ناقص الأهلية فذهب القضاء الفرنسي إلى تقرير أحكام المسؤولية التقصيرية مستندين على عدة نصوص قانونية منها نص المادة 1310 من القانون المدني والتي تحرم

---

peuvent être réparées autrement que par l'annulation du partage, le tribunal peut, à la demande de l'une des parties, ordonner un partage complémentaire ou rectificatif."

[1]- Art 1116 C. c.fr : " Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé."

[2] -Art 1117 C. c.fr : "La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre."

[3] -Art 1304 C. c.fr : " Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts. Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation ; et à l'égard des actes faits par un majeur protégé, que du jour où il en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de les refaire valablement. Il ne court contre les héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle que du jour du décès, s'il n'a commencé à courir auparavant."

القاصر من استعادة ما سلمه للمتعاقد الآخر بناء على عقد صدر حكم بإبطاله بسبب خطا منه[1]، فلا يستفيد القاصر من الحماية المقررة له بسبب تصرفاته للإضرار بالغير.

ولم يمنع المشرع الفرنسي القاصر من طلب القاصر إبطال العقد إذا صرح للمتعاقد الآخر بأنه كامل الأهلية[2]، ولكن الإبقاء على العقد من وجهة نظر القضاء الفرنسي أنجع وسيلة لتعويض الطرف عما تسبب له القاصر نتيجة تدليسه، أما بالنسبة للطرف الآخر فله أن يطلب إبطال العقد الذي تم بناء على الحيل التي لجأ إليها القاصر لإبرام العقد[3].

أما في التشريع المصري فألزم القانون القاصر بالتعويض في حالة ما إذا لجأ القاصر إلى الحيلة لإخفاء نقص أهليته، مما دفع المتعاقد الاخر لإبرام العقد وهو ما نصت عليه المادة119 من القانون المدني المصري بنصها:" يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نفص أهليته[4]."

ولدى الفقه الإسلامي يعرف الحنفية التدليس أن خيار ظهور الخيانة في المرابحة والتولية والوضيعة، ويعبر عنه بالتغرير، ويعرف لغة الخداع والإطماع بالباطل، واصطلاحا استخدام الخدعة والحيلة لإغراء المتعاقد الآخر لإبرام العقد، وقد تكون الحيلة المستعملة لإخفاء عيب في محل العقد، فيبرم المتعاقد العقد معتقدا أنه في مصلحته ليتضح خلاف ذلك[5].

وقد تأثر القانون الأردني بالوصف الذي أعطاه الفقه الإسلامي للتدليس أو التغرير إذ عرفته المادة 143 من القانون المدني:" التغرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية، قولية أو فعلية، تحمله على الرضا بما لم يكن ليرض به بغيرها."

والتغرير في الفقه الإسلامي نوعان، التغرير الفعلي و التغرير القولي، فالتغرير الفعلي هو إيهام شخص بوجود صفة كاذبة في الشيء، بينما التغرير القولي يكون بالكذب إذا كان القصد منه الخديعة والتضليل.

---

[1] – Art 1310 C. c.fr : " Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit."

[2] – Art 1307 C. c.fr : " La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution."

[3] – محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 58.

[4] – نفس المرجع، ص60

[5] – محمد حسين، نظرية بطلان العقد في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة 1988، ص83

ويكون التغير الفعلي في العقود بوجه عام وعقد القسمة بوجه خاص محلا للخيار وفق المذهب الشافعي وذلك بعد اكتشاف الحيلة، ويقصد بالخيار كما يقول الكاساني:" التخيير بين الفسخ والإجازة"

فيكون للمتعاقد في العقد أن يفسخ العقد إذا أبرم نتيجة تغرير صادر من المتعاقد الآخر، بينما التغرير القولي يربطه الفقه الإسلامي بالغبن، فإذا ما ترتب على التغرير غبن كان للمتعاقد الحق في فسخ العقد، بينما إذا ما لم يرتب التغرير غبن للمتعاقد الآخر فلا يؤثر ذلك في صحة العقد، لأنه يعتبر مجرد خداع وتضليل والاندفاع لإبرام العقد يكون تقصيرا من المتعاقد وعدم ترويه[1].

ويميز الحنفية في هذا الصدد بين نوعين من الغرر، الغرر في أصل المعقود وهذا الصنف يوجب البطلان، أما الغرر في الأوصاف يرتب فساد العقد[2].

[1] – محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 166.

[2] – عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص312.

الفرع الثاني: الطعن في القسمة للاستغلال ونقص أهلية الشريك المتقاسم

كثير من الفقه القانوني يتغاضى عن الاستغلال كوجه للطعن في القسمة، ويدمجه مع الغبن ويعتبره الجانب المعنوي له، وحقيقة الأمر أن الفقه الإسلامي توسع في هذا الوجه وعدد حالته التي تجيز للمتقاسم الطعن في القسمة، كما يجوز الطعن في القسمة لنقص أهلية الشريك في المال المشاع سيما في الحالات التي لا تراعى فيها الإجراءات القانونية .

أولا: إبطال القسمة الاتفاقية للاستغلال

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على جواز الطعن في القسمة الاتفاقية للاستغلال، إلا ان هذا لا يمنع من جوزا ذلك وفقا للأحكام العامة في العقد، فالاستغلال هو العمد إلى الاستفادة من الضعف الذي يلتمسه المتعاقد في المتعاقد الآخر، فينتهز الفرصة لإبرام عقد قد لا يكون في مصلحة المتعاقد الآخر او بالطريقة الصحيحة، نتيجة الهوى الجامح لدى المتعاقد الآخر أو الطيش البين، وكثير من الأشخاص يربطون بين الغبن والاستغلال كون أن العنصر المعنوي للغبن هو الاستغلال بينما يتميز الغبن عن الاستغلال في عدة نقاط.

فالغبن يعتمد على المعيار المادي في عقود المعاوضات، فيكفي ان يلحق المتعاقد الآخر تفويت مادى حدده المشرع بالخمس، بينما الغبن معياره معيار شخصي ذاتي يرجع إلى طبيعة الشخص المتعاقد معه وليس إلى الفارق في المبادلة.

كما أن الغبن عيب في العقد وليس في إرادة المتعاقدين إذ يكفي ذلك التفاوت المادي لتحققه في العقد، أما الاستغلال فهو عيب في الإرادة، فالطيش البين للشخص أو هوى المتعاقد هو الذي دفعه للتعاقد واستغلال الطرف الآخر لحالة المتعاقد يكون سبب لإبطال العقد.

ولجواز الطعن في العقد للاستغلال لا يكفي هوى المتعاقد الجامح أو طيشه البين في التصرفات، فلا بد أن تتوافر لدى المتعاقد الآخر نية الاستغلال وهو ما يستفاد من نص المادة 90 من القانون المدني، وأن تكون نتيجة ذلك الاستغلال هو اختلال التعادل بين ما قدمه كل متعاقد للآخر [1].

---

[1] – ق.م.ج المادة 90:" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفه الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز على إثر ما تقدم أن يرفع الشريك في الشيوع دعوى إبطال القسمة للاستغلال وللقاضي السلطة التقديرية إذا في تقرير الأبطال او إنقاص التزاماته، وفي مقابل ذلك يجوز للشريك الآخر أو سائر الشركاء توقي إبطال العقد إذا عرض ما يراه القاض كافيا لرفع الغبن[1].

كما أخذ المشرع المصري بنظرية الاستغلال في العقود مثلما فعل نظيره الجزائري، إذ نص في المادة 129 من القانون المدني على أنه:" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أو يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن."

فيجوز للمتعاقد المستغل أن يطلب من المحكمة إبطال العقد بناء على المادة السالفة الذكر[2]، ويرى جانب من الفقه ان لجواز الطعن في العقد للاستغلال لابد من توافر عنصرين:

العنصر الأول هو العنصر المادي وهو ما يستخلص من إدراج المشرع المصري لعبارة " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين، لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة، أو مع التزامات الطرف الآخر"، فيجب أن يكون هناك اختلال في ما قدمه متعاقد أو ما تنازل عنه مقابل ما قدمه المتعاقد الآخر.

والعنصر الثاني هو العنصر النفسي للاستغلال، وهو ما يستخلص من نص المشرع "... إلا لأن المتعاقد الآخر استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا..."، فيجب أن تتوافر لدى المتعاقد الآخر نية الاستغلال للحالة الشخصية التي هو عليها المتعاقد الآخر والتي مؤداها التسرع وعدم الاحتياط واتباع النزوات الشخصية[3].

ويجوز في عوقد المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن."

[1] – محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص98.

[2] – عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص 258.

[3] – محمد المنجى، المرجع السابق، ص 381.

ولم يتطرق المشرع الفرنسي إلى الاستغلال كعيب يرتب إبطال العقد حين تنظيمه لأوجه الطعن في القسمة[1]، ولم يتطرق له كذلك في عيوب الإرادة في الأحكام العامة للعقد[2]، وحتى حينما تطرق للغبن اكتفى بالمعيار المادي للغبن لطلب إبطال القسمة.

وغياب نص قانوني يجيز للشريك في الشيوع أن المتعاقد في القانون الفرنسي دفع الفقه والقضاء لخلق نظرية التسلط على الإرادة ونظرية الإيحاء والاستهواء، وذلك نتيجة النقص الذي اعترى التقنين الفرنسي، ومؤدى هذه النظرية أنه في الكثير من الحالات يستغل المتعاقد هوى وشهوة المتعاقد الآخر لحمله على إبرام العقد، لذا تقتضي عدالة المحكمة ووفقا لنزاهة العقد إبطال جميع التصرفات التي أبرمت نتيجة هوى الشخص الجامح أو طيشه[3].

فيجوز الطعن في القسمة الاتفاقية للاستغلال، إذا ما كان هناك تفاوت في الأجزاء التي آلت لكل شريك بالنظر إلى حصته الشائعة، وتوافرت لدى الشركاء رغبة في استغلال نفسية شريكهم التي تنجر وراء الأهواء، أو التي تبرم التصرفات نتيجة الطيش وعدم التبصر، ويترتب عن ذلك جواز المحكمة إبطال القسمة الاتفاقية بطلب من الشريك المستغل[4].

وقد نهى الشرع الاسلامي عن الاستغلال في العقود، فالقرآن الكريم ذكر المعاملات المباحة على وجه إجمالي، دون النظر إلى الجزئيات والتفاصيل، وجاء الآية الكريمة 29 من سورة النساء السالفة الذكر بقاعدة عامة مفادها قيام التجارة على الرضا، ويقاس على التجارة غيرها من المعاملات، فهي لا تحل إلا إذا كان الرضا المتبادل أساسا لها[5] ،ويقول تعالى في سورة البقرة الآية 275:" وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ

---

[1]– Art 887 C. c.fr : " Le partage peut être annulé pour cause de violence ou de dol. Il peut aussi être annulé pour cause d'erreur, si celle-ci a porté sur l'existence ou la quotité des droits des copartageants ou sur la propriété des biens compris dans la masse partageable. S'il apparaît que les conséquences de la violence, du dol ou de l'erreur peuvent être réparées autrement que par l'annulation du partage, le tribunal peut, à la demande de l'une des parties, ordonner un partage complémentaire ou rectificatif."

[2] – Art 1109 C. c.fr : "Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol."

[3] – محمد سعيد جعفور المرجع السابق، ص108.

[4] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص318.

[5] – تواتي محمد، سلطة القاضي الذي يتضمن حالة الاستغلال، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2013، ص60.

وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ." فالنصوص القرآنية تدل على أن الشريعة الاسلامية تمنع كل أنواع الزيادة من فائدة أو ربح لا مبرر له، أو ما لا يقابله عوض في المعاملات ، وتحرم كل وسيلة تؤدي إلى استغلال حاجة الآخرين، و الهدف من هذا التحريم هو حماية أمن المجتمع من شتى أنواع الاستغلال.

ومن الأدلة التي استند عليها بعض الفقه الاسلامي في تحريم الاستغلال ما رواه حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" ألا إن بيع المضطرين حرام" والمضطر هو الشخص الذي يتعاقد مع غيره تحت ضغط الحاجة الملحة والعوز الشديد.

كما أن جل التشريعات العربية حصرت الاستغلال في حالتي الطيش البين والهوى الجامح، بينما الفقه الاسلامي أوسع مدى من التشريعات القانونية المعاصرة لأنه تناول جميع حالات الضعف التي لا تقل أثرا عن حالتي الطيش البين والهوى الجامح إن لم تكن أكثر تأثيرا، وحالات الضعف في الفقه الاسلامي هي: الحاجة والطيش، والهوى وعدم الخبرة أو عدم الادراك وهي الحالات التي تناولها المشرع العراقي في تقنينه نظرا لتأثره بالشريعة الاسلامية[1].

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن آثار عيوب الرضا في الفقه الاسلامي تختلف عن الآثار التي جاء بها التشريع القانوني المعاصر، ذلك لان هذا الأخير قسم العقود إلى عقود صحيحة وعقود باطلة وعقود قابلة للإبطال، بينما الفقه الاسلامي قسم العقود إلى : العقد الصحيح، العقد الباطل ، العقد الفاسد، العقد الموقوف، العقد النافذ والعقد اللازم[2].

فتختلف العقود في الفقه الإسلامي من حيث الصحة والبطلان، فيوجد صنفان من العقود عقود غير صحيحة وهي إما عقود باطلة أو فاسدة، فالعقود الباطلة هي ما وجد خلل في ركنها والخلل يكون بعدم الأهلية وعدم صلاحية المحل لحكم العقد شرعا ، ويضيف الأستاذ أحمد إبراهيم رحمه الله وهو من فقهاء الحنفية السبب كركن في العقد، أما العقد الفاسد وهو نوع لا يعرفه إلا الفقه الحنفي وهو إحدى مرتبتي البطلان والصحة فهو العقد الذي كان مشروعا في أصله وغير مشروع بوصفه كما لو اقترن العقد بعيب من عيوب الارادة كالإكراه[3]، فيعتبر العقد الفاسد عقدا منعقدا ولكنه مستحق للفسخ[4].

---

[1] – حلو عبد الرحمان أبو حلو، نظرية الاستغلال في الشريعة والقانون، دار الحداثة للنشر، الطبعة الأولى، لسنة 1986،ص 97.

[2] – حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الاسلامية، دار الحداثة للنشر، الطبعة الأولى، لسنة 1986، ص168.

[3] – محمد حسين، المرجع السابق، ص 16.

[4] – عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، 313.

أما الصنف الثاني من العقود هو العقد الصحيح، فهو إما عقد موقوف غير نافذ، وإما عقد نافذ غير لازم وإما عقد نافذ لازم، فالعقد الموقوف هو العقد الذي لا تتوفر فيه لدى العاقد الولاية على محل العقد أو الولاية على نوع التصرف ويقصد بالولاية على محل العقد أن يكون العاقد مالكا للمحل أو نائبا عنه وأن لا يتعلق المحل بحق الغير كأن يكون مرهونا أو مستأجرا، والولاية على التصرف تكون باستكمال العاقد القدر المناسب للتصرف في ملكه، فهو عقد صحيح تتوافر فيه عناصر الانعقاد والصحة ولكن ينقصه عنصري النفاذ وهما الملك والأهلية وهذا التقسيم تبناه المالكية أما الشافعية يرون أن الملك والأهلية من عناصر الانعقاد فهو عقد باطل وليس موقوف غير نافذ.

والعقد النافذ غير اللازم هو العقد الذي توافرت فيه عناصر الانعقاد وشروط الصحة وكان العاقد أهلا للتعاقد وكان المال محل العقد ملكا له، والأصل ان العقود النافذة لا يجوز الرجوع عنها بينما هناك عقود تقبل بحكم الشرع الرجوع فيها دون أن تتوقف على إرادة العاقد الآخر كالوكالة والشركة والهبة والوديعة والعارية فهي عقود نافذة غير لازمة وتسمى بالعقود الجائزة تسمح لأحد العاقدين فسخ العقد دون إرادة العاقد الآخر.

أما العقود النافذة اللازمة تأتي في أعلى مراتب العقود في الصحة وهي التي ترتب آثارها كاملة بحيث تتوافر عناصر انعقادها وشروط صحتها ويملك فيها العاقد الولاية على المال ونوع التصرف ولا يمكن بأي حال الرجوع فيها إلا بإرادة العاقد الآخر كالبيع والإجارة والكفالة[1].

ولدى الفقه الإسلامي الاستغلال عيب في مواصفات العقد لا في أصله فيجوز للمتعاقد ذي المصلحة أن يطلب فسخ العقد، فيجوز للمتعاقد دون سواء إن يطلب فسخ العقد متى استغل الطرف الآخر حالة الضعف التي هو عيلها لإبرام العقد، والفسخ له دلالته الأصولية في الفقه الإسلامي، فدرأ المفسدة مقدم على جلب المصلحة، فالفسخ المقرر لحل العقود هو تعارض بين المصلحة والمفسدة، ودرأ المفسدة أولى من جلب المصلحة[2].

---

[1] – محمد حسين، المرجع السابق، ص 19.

[2] – تواتي محمد، سلطة القاضي في العقد الذي يتضمن حالة الاستغلال، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، تمت مناقشتها في 2013/11/11، ص 213.

ثانيا : إبطال القسمة الاتفاقية لنقص أهلية الشريك في الشيوع

القسمة الاتفاقية عقد يسرى عليه كسائر العقود الطعن بالإبطال لنقص أهلية الشريك، فإذا كان أحد الشركاء المقتسمين ناقص الأهلية ولم تراع بخصوصه الإجراءات التي سبق أن ذكرتها من وجود ولي وإذن من القاضي فيما يتعلق بقسمة العقارات طبقا لأحكام المادة 83 من قانون الأسرة[1]، جاز لهذا الشريك أن يطلب أن يطلب إبطال القسمة[2].

ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على جواز الطعن في القسمة الاتفاقية لنقص أهلية الشريك في الشيوع، ولكنه وضع قاعدة عامة مفادها التفريق في أنواع التصرفات بالنظر إلى النفع أو الضرر الذي تجلبه للمتصرف ناقص الأهلية[3]، فالتصرفات النافعة نفعا محضا هي كل التصرفات التي يبرمها ناقص الأهلية ويكون من شأنها زيادة أموال الصغير المميز، أو إنقاص ديونه دون التزام، أما التصرفات الضارة ضررا محضا هي تلك التصرفات التي تفقر الذمة المالية للقاصر، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فهي التصرفات التي يحتمل أن تحقق منفعة للقاصر كما يحتمل أن تلحق خسارة بالقاصر[4].

ولم يصنف القانون القسمة بل اكتفى باعتبار العقد موقوف على إجازة الولي، وأصل العقد الموقوف هو التقسيم الذي منحه الفقه الإسلامي لأصناف العقود، و القانون أجاز للقاصر الحق في إبطال التصرف وفقا للقواعد العامة خلال أجل خمس سنوات تسري من يوم بلوغه لسن الرشد[5]، ويرى

---

[1] – ق.أ.ج المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري:" على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام .

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة.
2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
3- استثمار اموال القاصر او الاقتراض او المساهمة في شركة.
4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد."

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 898.

[3] – ق.أ.ج المادة 83:" من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء."

[4] – اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون، تمت مناقشتها في 16 جوان 2015، ص294.

[5] – ق.م.ج المادة 101 :" يسقط الحق في إبطال العقد، إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.

جانب من الفقه القانوني أنه مادامت القسمة الاتفاقية عقد فيجوز لأحد الشركاء أن يطلب إبطالها إذا كان قاصرا وقت إبرام عقد القسمة[1].

واعتبرت محكمة النقض المصرية في قرار لها مؤرخ في 03 ماي 1962، عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتبادل فيها الحقوق، وأنها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فيكون قابل للإبطال العقد الذي يبرم بين الشركاء ويكون بينهم من هو ناقص الأهلية، ويقرر هذا الحق لمصلحة هذا الأخير ويزول بإجازة التصرف بعد بلوغه سن الرشد[2].

أما إذا تعلق الأمر بالإرث كمصدر للشيوع، وكان بين الشركاء في الشيوع من هو ناقص الأهلية وقت قسمة التركة، فنص المشرع صراحة على أنه يجب أن تتم القسمة عن طريق القضاء[3]، ومن بين المسائل الإجرائية أنه يجب إخطار النيابة العامة في المسائل المتعلقة بحماية القصر وذلك بعشرة أيام على الأقل من يوم الجلسة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها ملف رقم 220023 مؤرخ في 2002/02/20، إذ قامت المحكمة العليا بنقض القرار المطعون فيه بسبب عدم احترام نص المادة 181، كما انه لم يتم إبلاغ النيابة العامة على القضية كون احد الشركاء المتقاسمين ناقص الأهلية ويجب حمايته قانونا[4].

إن الأثر العام الذي رتبه المشرع في حالة إبطال العقد أو بطلانه هو إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، وإذا استحالت إعادة المتعاقدان إلى الصورة الأولى التي كانا عليها

ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد."

[1] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 59.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 311.

[3] – المادة 181 ق.أ.ج : " يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و 173) من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة.

وفي حالو وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء."

[4] – المجلة القضائية لسنة 2004، عدد خاص الجزء الثاني، الغرفة العقارية، ص 228، المبدأ: " إن المقرر قانونا وشرعا أن قسمة التركة بين الورثة تتم عن طريق القضاء، وإنه في حالة وجود قاصر بينهم – الورثة – فإنه يجب أن يعرض ملف القضية على النائب العام بواسطة كتاب الضبط قبل عشرة أيام على الأقل من يوم الجلسة.

ولما ثبت أن القسمة موضوع الدعوى لم تقع تحت إشراف القضاء لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر، ولم يحترم الإجراء الخاص باطلاع النيابة العامة على القضية فإنه يتعين بذلك نقض القرار المطعون فيه."

جاز الحكم بالتعويض[1]، إلا أنه وحماية للقاصر من الضمان أعفى المشرع القاصر ناقص الأهلية الذي أبطل العقد لنقص أهليته من هذا التعويض وألزمه برد فقط ما عاد عليه من منفعة[2].

وفي غير حالة الميراث وقسمة التركة التي يكون فيها أحد الشركاء ناقص الأهلية، أجاز المشرع للقاضي أن يأذن للقاصر في أن يتصرف في اموله جزئيا أو كليا بناء على طلب من له مصلحة[3].

وفي التشريع المصري لم يشترط القانون فقط وجود الولي والإذن من المحكمة في قسمة المال المشاع إذا كان بين الشركاء ناقص الأهلية كما هو بالنسبة للتشريع الجزائري، بل اشترط أن تعرض القسمة الاتفاقية على المحكمة ويتأكد القاضي من عدالتها إذ نصت المادة 40 من قانون الولاية على المال:" على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها، وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية."

بالتالي وضع المشرع المصري شروط ورسم إجراءات يترتب على مخالفتها قابلية عقد القسمة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق الإبطال بالإجازة بعد بلوغ سن الرشد[4]، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 19ماي 1955، بأنه يجب أن تراعى الإجراءات التي رسمها القانون لحماية القاصر والمحجور عليه ، وأن البطلان قرر لمصلحة القاصر لا غير، ويزول هذا الحق بإجازة القسمة التي تمت بين الشركاء بعد بلوغ سن الرشد[5].

كما حددت المادة 111 من القانون المدني المصري أثر التصرفات التي يبرمها الصبي المميز إذ نص في المادة على انه:" إذا كان الصبي مميزا، كانت تصرفاته صحيحة، متى كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة متى كانت ضررا محضا.

---

[1] – ق.م.ج المادة المعدلة 103:" يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.

غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد..."

[2] – اسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 212.

[3] – ق.أ.ج المادة 84:" للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك."

[4] – ف تحي حسن مصطفى، المرجع السابق، ص148.

[5] – أنور العمروسي المرجع السابق، ص355.

أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال، إذا أجاز القاصر الترف بعد بلوغه سن الرشد، وإذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون."

وتستثنى من هذه المادة بعض التصرفات التي يجوز للقاصر ان يبرمها وفقا لقانون الولاية على المال ومثال ذلك التصرف في المال لأغراض النفقة وهو ما تنص عليه المادة 61 بنصها:" للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته..." وكذا المادة62 من نفس القانون والتي تجيز له إبرام عقد العمل الفردي بنصها:" للقاصر أن يبرم عق العمل الفردي وفقا لأحكام القانون...[1]"

أما عقد القسمة وفقا لمحكمة النقض المصرية فهو عقد تبادلي، ومن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فيجوز للقاصر في القسمة أن يطعن بالإبطال ويجوز له في مقابل ذلك إجازة القسمة بعد بلوغه سن الرشد[2].

ولدى المشرع الفرنسي لم ينص القانون صراحة على إمكانية طلب الشريك في الشيوع إبطال القسمة لنقص أهليته، وبالرجوع إلى القواعد العامة يكون غير مؤهل القاصر غير المرشد لمباشرة التصرفات بما في ذلك عقد القسمة[3]، فعليه أن ينوب عنه ممثله القانوني، ولا يجوز للقاصر الذي بلغ سن السادسة عشر من عمره الذي لم يؤذن له بإدارة أمواله أن يتصرف إلا بالإيصاء وفيما لا يتجاوز نصف الأموال التي يجوز للبالغ التصرف فيها[4]، فإذا تجاوزت تصرفاته القدر المسموح به ولم يأذن له بإدارة أمواله، اعتبر تصرفه باطلا فيما جاوز هذا القدر[5].

---

[1] – محمد المنجى، المرجع السابق، ص 303.

[2] – أنور طلبة المرجع السابق، ص 182.

[3] – Art 1124 C. c.fr : " Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : Les mineurs non émancipés ; Les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code."

[4] – Art 904 .1er alinéa C. c.fr :" Le mineur, parvenu à l'âge de seize ans et non émancipé, ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer."

[5] – عادل حسن علي السيد، المرجع السابق، ص273

ويجوز للقاصر أن يرفع دعوى إبطال التصرف خلال أجل خمس سنوات يبدأ سريانها من يوم بلوغ سن الرشد أو من يوم الترشيد[1]، ولم يمنع القانون طلب القاصر لإبطال العقد حتى ولو صرح للمتعاقد الآخر بأنه ناقص الأهلية[2].

وفي الفقه الإسلامي القاصر في العقود بوجه عام لا تتوافر لديه الولاية على نوع التصرف ، فلكي يكون العقد صحيحا لازما ونافذا يجب أن تتوافر عناصر انعقاده وشروط صحته وأن يكون العاقد يملك المال محل العقد، أما إذا تصرف القاصر في أمواله يكون له حق الرجوع فيها كون التصرف صدر في فترة كان فيها المتعاقد قاصر غير راشد[3]، فتصرف القاصر في ما يملك بما في ذلك القسمة الرضائية تجعل للقاصر الحق في الرجوع عن التصرف وفسخه هذا بالنسبة للمالكية وهو ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 83 من قانون الأسرة السالفة الذكر، بينما الشافعية يرون ان الأهلية ركن في العقد وجزاء تخلفها البطلان وليس الوقف[4].

و في الفقه الإسلامي إذا باشر القاصر التصرف كان العقد موقوفا على الإجازة من الولي، فمن ليس له الولاية على الملك أو على نوع التصرف يعتبر فضوليا، وتصرف الفضولي صحيح ولكنه موقوف على الإجازة، وينقلب الفضولي إلى وكيلا بعد الإجازة المستوفية لشروطها الصادرة ممن له الحق

[1] – Art 1304 C. c.fr : " Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts. Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation ; et à l'égard des actes faits par un majeur protégé, que du jour où il en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de les refaire valablement. Il ne court contre les héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle que du jour du décès, s'il n'a commencé à courir auparavant."

[2] – Art 1307 C. c.fr : " La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution."

[3] – اتفق الفقه الاسلامي على وضع سن معينة للصبي المميز وهي سن السابعة، ومقتضى هذا الاتفاق على تحديد السن الأدنى للتمييز هو نهاية الصبى أو بلوغ الحلم، ففي هذه السن يصبح الشخص قادرا على تمييز معاني ألفاظ العقود، غير أن أهلية الأداء لا تكتمل ببلوغ الحلم فلا بد من اشتراط كمال العقل إضافة للتمييز ليكون الشخص على دراية من أحكام العقود، ولم يتفق الفقه الاسلامي على تحديد سن معينة للرشد وابرام التصرفات، إلا أن المذهب الحنفي حدد سن أقصى لاعتبار الشخص ناقص الأهلية وهو سن الخامسة والعشرين، عن هذا التعريف انظر كتاب للإمام أبو زهرة المرجع السابق، ص 315.

[4] – محمد حسين، المرجع السابق، ص18.

فيها، فتصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر تنعقد صحيحة ولكنها موقوفه على إجازة الولي، أما عند الشافعية التصرف باطل ولو أجازه الولي.

والعقد الموقوف ليس قابلا للفسخ فلا يجوز للمتعاقد الرجوع فيه سواء كان ناقص الأهلية أو المتعاقد الآخر، ويكون لهذا العقد في فترة الوقف وجود مادي، و لكت آثاره موقوفة على النفاذ في حالة إجازته أو على الزوال في حالة عدم إجازته، فيكون مصير العقد الموقوف إما النفاذ أو البطلان[1].

تجدر الاشارة إلى أنه هناك تناقض بين ما ذهب إليه المشرع في نص المادة 83 من قانون الأسرة والمادة 101 من قانون الأسرة، فأغلب أحكام قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الاسلامية، وعلى اعتبار أن القسمة من التصرفات الدارة بين النفع والضرر يكون جزاء عقد القسمة الوقف أو الإجازة، ومن آثار العقد الموقوف لدى الشرع الاسلامي عدم قابلية عقد القسمة للفسخ، بينما نص المشرع صراحة في نص المادة 101 من القانون المدني أن يكون قابل للإبطال التصرف الذي يبرمه القاصر بما في ذلك عقد القسمة.

يرى البعض[2] أن نص المادة 101 من القانون المدني أولى بالتطبيق كون المادة عدلت بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، وهذا التعديل يكون بمثابة الغاء للنص القديم إذ أن المادة 83 لم تتعدل منذ صدور قانون الأسرة في 09 جوان 1984، وأنه طبقا للمادة 2 من القانون المدني التي تنص على أنه:" ... ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء." تعتبر المادة 101 بمثابة إلغاء للمادة 83 من قانون الأسرة.

و المشرع الجزائري لم يتخذ أي موقف صريح بتوضيح آثار تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر، وهذا على خلاف ما ذهب إليه المشرع المصري الذي ذهب صراحة في المادة 111 من القانون المدني فقرة ثانية، على قابلية تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر للإبطال[3]، إذ نص على أنه:" أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه او من المحكمة بحسب الأحوال."

---

[1] – نفس المرجع، ص44.

[2] – اسعد فاطمة، المرجع السابق، ص102.

[3] – بوكرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة-1-، لسنة 2014، ص 54.

نخلص في هذا الفرع من البحث أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على جواز الطعن في القسمة الاتفاقية للاستغلال، غير ان ذلك لا يمنع من نقضها وفقا للقواعد العامة على اعتبار عقد القسمة عقد لابد من توفير ضمانات لطرفيه، خاصة إذا كانت حالة احد الأطراف تنم عن طيش بين أو هوى جامع، وسبقت الشريعة الاسلامية القانون في تنظيم حالة الاستغلال في عقد القسمة بل حتى توسعت في إدخال كل حالات الضعف في الاستغلال وجعلها أوجها للطعن في القسمة.

وعلى المشرع الجزائري أن يتدخل صراحة لحماية ناقص الأهلية في قسمة المال المشاع كما فعل نضيره المصري، بسد الثغرات القانونية وذلك من خلال التعديلات اللاحقة للقانون المدني وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: أوجه الطعن في القسمة المقررة لكل من له مصلحة

زيادة على الأوجه المقررة للطعن في القسمة المقررة للشركاء في الشيوع، أقر المشرع الجزائري على غرار سائر التشريعات أوجه طعن في القسمة الاتفاقية على وجه الخصوص لكل من له مصلحة، وبل ويجوز للدائنين الاعتراض على القسمة لحماية مصالحهم، والمصلحة التي يتقرر بموجبها الطعن في القسمة قد لا تكون ظاهرة أثناء القسمة فقد تظهر لاحقا بعد إجراء القسمة، لتخول فيما بعد لصاحب الحق المطالبة بنقض القسمة، وإعادتها من جديد بعد ثبوت حقه في المال المقسوم.

المطلب الأول: الطعن في القسمة بالبطلان

البطلان وصف يلحق بالتصرف القانوني المعيب، وذلك لمخالفته الأحكام القانونية المنشئة له، فيجعله غير صالح لأن يرتب آثاره القانونية ، وآثار البطلان تنصب على التصرف بحذ ذاته وليس الأطراف التي أبرمته، فلا يمكن اعتباره عقوبة، فهو جزاء يلحقا لتصرف الغرض منه حماية القواعد القانونية المتعلقة بإنشاء التصرفات.

ويعرفه البعض أنه الجزاء القانوني المترتب على الاخلال بركن من أركان العقد وهي الرضا أو المحل أو السبب أو الشكل[1].

فيجوز الطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان متى اختل ركن من أركان العقد[2]، وقد نص المشرع في هذا الصدد في المادة 102 على أنه:" إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة.

وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد." ومن تم فإن بطلان العقد له خصائص يتميز بها عن غيره من الجزاءات التي تلحق بالعقد، كما عدد الفقه له حالات بحسب أركان العقد.

---

[1] – محمد المنجي، المرجع السابق، ص 274.

[2] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 59، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 898.

الفرع الأول : خصائص العقد الباطل

للعقد الباطل عدة خصائص يمتاز بها عن غيره من العقود، فهو عقد لا يرتب آثار قانونية، ويتبر والعدم سواء، فالمتعاقد لا يلتزم في العقد الباطل بالآثار التي يرتبها العقد الصحيح، وما يميز العقد الباطل عن العقد القابل للإبطال ان العقد الباطل لا يقبل الإجازة، فلا يجوز تصحيح العقد الباطل بموجب إرادة العاقد وهذا على خلاف العقد القابل للإبطال والذي يرتب آثارا قانونية كاملة، فلا تزول هذه الآثار إلا بعد أن يتقرر إبطالها وتزول بأثر رجعي. كما ان أجل رفع دعوى البطلان حدده المشرع في 15 سنة وهذا على خلاف الإبطال الذي يسرى بخمس نوات يبدا سريانها من وقت اكتشاف العيب أو زواله أو بلوغ سن الرشد.

ويرى جانب من الفقه[1] أن مجرد تحديد المشرع لهذه المدة لا يعني إحياء العقد الباطل لأنه عدم والعدم لا يمكن إحياؤه، وأنه من الناحية النظرية لا يشترط رفع دعوى البطلان ليتقرر بطلان العقد لأنه في حكم العدم وما على المتعاقد إلا أن يتصرف على هذا الأساس، إلا أنه ومن الناحية العملية لابد من اللجوء إلى القضاء لتقرير بطلان العقد، فعقد القسمة الباطل مثلا وإن كان باطلا إلا أنه ينفرد بموجبه كل شريك بجزء خاص به نظرا للأثر الذي ترتبه القسمة، وما يبقى على صاحب المصلحة إلا ان يلجأ إلى القضاء ليتقرر بطلانه.

من خصائص العقد الباطل أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وهذا على خلاف العقد القابل للإبطال، الذي يجب على من كانت إرادته معيبة في العقد أو أنه كان ناقص الأهلية أن يتمسك بالإبطال فهو يهدف لحماية مصلحة خاصة للمتعاقد، بينما العقد الباطل إنما رتب له هذا الأثر حماية للمصلحة العامة، ويجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها لان العلة في عدم قيام العقد وما دام العقد مختل في ركن من أركانه أوجب المشرع بطلانه.

وقد رتب المشرع الجزائري أثرا موحدا بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال وهو إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانونا عليها قبل التعاقد، وفي عقد القسمة يعود الشركاء إلى حالة الشيوع من جديد ويجوز بعد ذلك المطالبة بالقسمة من جديد، وإذا كان أحد المتعاقدان هو الذي تسبب أو كان عالما بعدم مشروعية العقد فلا يسترد ما قدمه للمتعاقد الآخر[2].

---

[1] – محمد المنجي، المرجع السابق، ص 291.

[2] – ق.م.ج المادة 103:" يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.

غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

يحرم من الاسترداد في حالة البطلان العقد، من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به."

تجدر الإشارة إلى أنه يختلف الاسترداد الذي نص عليه المشرع في المادة 103 عن الاسترداد المنصوص عليه في المادة 721، فالاسترداد الأول هو أثر رتبه المشرع للعقد الباطل، فيسترد بموجبه كل متعاقد ما قدمه للمتعاقد الآخر بسبب بطلان العقد، بينما الاسترداد الثاني هو رخصة قررها المشرع للشريك في الشيوع لاسترداد الحصة التي باعها الشريك لأجنبي عن الشيوع، فهي رخصة تشبه رخصة الشفعة، إلا أن المشرع لم يقيدها بإجراءات عديدة مثل ما فعل في الشفعة.

ويتميز بطلان عقد القسمة عن فسخها في عدة نقاط قانونية:

أ- السبب: سبب بطلان عقد القسمة يرجع لتخلف أحد أركانها، بينما سبب الفسخ هو تخلف الشركاء عن تنفيذ العقد.

ب- الآثار: عقد القسمة الباطل عقد معدوم، فهو لم ينشأ صحيح منذ البداية، بينما عقد القسمة القابل للفسخ هو عقد صحيح من حيث النشأة، كما أن البطلان في عقد القسمة أوسع نطاق من الفسخ، لأن الفسخ يكون نتيجة واقعة لاحقة لإبرام العقد تتمثل في عدم التنفيذ، فيكفي لأن يمتنع شريك عن تنفيذ عقد القسمة ليطلب سائر الشركاء فسخ القسمة، بينما نظرية البطلان تطبق على جميع أنواع العقود، ويجوز لكل شريك في الشيوع أن يتمسك به، ويجوز للقاضي إذا طرح عليه الأمر وحتى من تلقاء نفسه أن يقضي بالبطلان[1].

وهذ الخصائص لم ينفرد بها المشرع الجزائري فحسب بل حتى المشرع المصري إذ نص المشرع المصري في المادة 141 من القانون المدني على انه:" إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة.

وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت العقد[2]."

وفي الفقه الإسلامي العقد الباطل لا وجود شرعي له، فهو عدم، ومثال ذلك تصرف الصبي غير المميز، ويرى المالكية أنه إذا أبطل العقد فعلى المتعاقد رد ما تسلمه بموجب تنفيذ العقد سواء كان محل العقد قيميا أو مثليا، كما أن العقد الباطل لا ترد عليه الإجازة.

ولكل شريك في عقد القسمة الباطل أن يطلب البطلان لأنه يحمي مصلحة شرعية عامة ولكنه قد ينتج آثار كواقعة مادية وليس كتصرف شرعي، كانتقال الضمان إلى العقاد الآخر، ففي عقد القسمة

---

[1] – حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة2011/12/20، ص9.

[2] – محمد المنجي، المرجع السابق، ص 289.

تنتقل الأموال مفرزة إلى الشركاء فإذا كان عقد القسمة باطل يكون الجزء الذي استلمه كل شريك أمانة في يده وفقا للمذهب الحنفي فالأصل هو البطلان ولكن التصرف اقترن بواقعة مادية وهي التسليم[1].

الفرع الثاني: صور بطلان القسمة

إن أسباب وحالات بطلان القسمة الاتفاقية هي نفسها أسباب بطلان العقود، فقد يبطل عقد القسمة لانعدام رضا الشريك في الشيوع لصغير في السن أو لجنون ، كما قد يبطل عقد القسمة لانعدام المحل وقت القسمة، أما سبب القسمة هو إزالة الشيوع والتخلص من مشاكله وهو مطلب قانوني [2]، وقد تبطل القسمة لعدم احترام الشكل الذي رسمه المشرع لنوع معين من العقود.

أولا: بطلان القسمة لانعدام رضا الشريك لاقتسام المال المشاع

تختلف نقص أهلية الشريك المتقاسم في القسمة عن عديمها في الأثر، فناقص الأهلية تصرفه موقوف على إجازة الولي، ويكون للقاصر إبطال القسمة بعد بلوغه سن الشرد وذلك خلال خمس سنوات من وقت بلوغه، بينما عديم الأهلية تصرفه باطل منذ البداية وجاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك ببطلان عقد القسمة على خلاف القسمة القابلة للإبطال التي يحق فقط للمتعاقد ناقص الأهلية أن يطلب إبطالها.

نص المشرع الجزائري في المادة 82 من قانون الأسرة على أنه:" من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (43) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة."

كما سوى المشرع في المادة 42 من القانون المدني بين تصرفات الصبي غير المميز وبين المجنون والمعتوه، ووفقا للمادة 82 من قانون الأسرة السالفة الذكر فتصرفات القاصر غير المميز باطلة بطلان مطلق نافعة كانت أم ضارة في حين نص المشرع في المادة 85 على أنه تصرفات المجنون والمعتوه وذو الغفلة غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والعته أو الغفلة، ويقصد بعدم نفاذ العقد، عدم نفاذ التصرف مع بقائه صحيحا بين طرفين، فهنا يظهر التناقض الموجود بين نصوص القانون المدني وقانون الأسرة بمقتضى المادة 42 غير المميز والمجنون في مرتبة واحدة فأثر تصرفها باطل، بينما المادة 82 جعلت تصرف المجنون وغيره ممن يساويه في المرتبة غير نافذ.

---

[1] – محمد حسنين، المرجع السابق، ص22.

[2] – ق.م.ج المادة 722 فقرة اولى:" لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق."

ويتضح سبب التناقض بعد الرجوع إلى النص باللغة الفرنسية والذي جعل حكم التصرف إذا صدر في حالة الجنون أو العته أو السفه البطلان[1]، وهنا تظهر آثار الصياغة الغير السليمة للنصوص القانونية.

وذهب المشرع المصري على غرار المشرع الجزائري إلى تقرير بطلان تصرفات الصبي الذي لم يبلغ سن السابعة من عمره، واعتر جميع تصرفاته باطلة وذلك وفقا للمادة110 من القانون المدني فليست له أهلية الأداء ولا يستطيع ان يباشر التصرفات بنفسه، وكل تصرف يبرمه الصبي غير المميز دون إذن وليه بما في ذلك عقد القسمة يعتبر باطل بطلان مطلق لعدم وجود الرضا أصلا لأن الهدف الذي رسمه المشرع هو حماية أموال الصغير[2].

وقد حددت محكمة النقض المصرية في قرار لها في قرار لها بتاريخ 1990/04/32 بأن التراضي الذي يشترط في تمام أي عقد بما في ذلك عقد القسمة هو الذي يتطابق فيه إيجاب المتعاقد مع قبول المتعاقد الآخر ، ولا يعتبر التعاقد ملزما و لا تاما ما لم تقترن الإرادات وتتطابق[3].

وبالنسبة للمجنون والمعتوه حدد المشرع المصري معيارا مختلفا عن نظيره الجزائري فإذا كان التصرف أبرم بعد تسجيل قرار الحجر فيكون باطلا تصرف المجنون و المعتوه، والعبرة في توحيد الحكم ان كل من الجنون والعته يعتر مرض يصيب الشخص فيؤثر على قدرته الإدراكية، اما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فيفرق المشرع المصري بينما إذا كان المتعاقد في حالة الجنون أو العته ام لا فإذا كان في هذه الحالة كان تصرفه باطلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وكان المتعاقد الآخر يعلم بها، اما إذا لم تكن حالة الجنون او العته ظاهرة ولم يكن المتعاقد يعلم بها كان التصرف صحيحا وهو ما نستخلصه بمفهوم المخالفة من المادة 114 من القانون المدني بنصها:" يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر.

أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلا، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، او كان الطرف الآخر على بينة منها.[4]"

وفي التشريع الفرنسي الأهلية شرط أساسي لتمام أي عقد[1] بما في ذلك عقد القسمة[2] وتخلفها يجعل العقد باطلا، ويعتبر غير مؤهل للتعاقد القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد أو لم يرشد وكذا كاملي الأهلية

---

[1] – Art 85 C.F. Algérien : « Les actes d'une personne atteinte de démence, d'imbécilité ou de prodigalité, accomplis sous l'emprise de l'un de ces états sont **nuls**. »

[2] – محمد المنجى، المرجع السابق، ص301.

[3] – نفس المرجع، ص297.

[4] – نفس المرجع، ص 307.

المحميين قانونا[3]، وبمفهوم المخالفة للمادة 904 من القانون الفرنسي يعتبر باطلا تصرف القاصر غير المرشد إذا تصرف بالإيصاء في ما يجاوز نصف أمواله، أما إذا تصرف في أمواله بدون وصيه يكون بطلان التصرف من باب أولى.

ويكون باطل تصرف الشخص ولو كان بالغا الذي يعاني من خلل في قدراته الذهنية إذا صدر منه التصرف في وقت لم تكن قدراته العقلية سليمة [4]، فيكون المشرع الجزائري ساير بذلك المشرع الفرنسي في تقرير بطلان العقود إذا صدرت من شخص مختل القدرات الادراكية وقت إبرام العقد.

وترفع دعوى بطلان العقد لعدم سلامة القدرات العقلية للشخص وقت إبرامه للعقد، من الشخص المحمي قانونا، وفي حالة وفاته من ورثه، وذلك خلال أجل خمس سنوات[5].

ثانيا: بطلان القسمة لانعدام المحل

يجوز طلب بطلان القسمة الاتفاقية إذا لم يكن محل القسمة موجودا أو قابل للوجود وقت القسمة، ولهذا اعتبر المشرع الجزائري التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان المورث موافقا على ذلك[6]، ذلك لأن لتصبح الأموال التي يملكها المورث مشاعة بين الورثة يجب التحقق من واقعة الوفاة، وحتى بعد هذه الواقعة يجب أن يأخذ منها مصاريف التجهيز والدفن ثم تبرئة ذمة المتوفى من الديون،

[1]– Art 1108C. c.fr : " Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation "

[2] – Art 835 C. c.fr : " Si tous les indivisaires sont présents et capables, le partage peut intervenir dans la forme et selon les modalités choisies par les parties. Lorsque l'indivision porte sur des biens soumis à la publicité foncière, l'acte de partage est passé par acte notarié."

[3]–Art 1124C. c.fr : "Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : Les mineurs non émancipés ; Les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code"

[4] – Art 414-1C. c.fr : " Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte."

[5]– 488 3eme Alinéa :" L'action n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 1304."

[6] – ق.م.ج المادة 92:" يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا
غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون."

والبحث إذا ما ترك المورث وصية في إطار الحدود الشرعية، وكل ما تبقى يكون ميراثا وهو المصدر الغالب للشيوع في الجزائري، ويحوز للورثة بعد ذلك الشروع في إجراءات القسمة بمراعاة الأنصبة التي حددها قانون الأسرة والمستمدة من الشرع الاسلامي[1].

واعتبرت المحكمة العليا في العديد من القضايا أن القسمة التي تجري بين الورثة مع مورثهم باطلة ولو كان راضيا عنها، لأن استحقاق الميراث يكون بعد الوفاة لا قبلها مهما كانت التسمية التي أطلقت عليه[2]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار رقم 93703 المؤرخ في 09/28/ 1993[3]، كما أن عقد القسمة بين الورثة أثناء حياة المورث يعتبر باطلا بغض النضر عن شكل التصرف، فقد نقضت المحكمة العليا عقد القسمة التوثيقي الذي أجراه شخص لأحد أبنائه وذلك في قرار رقم 179555 مؤرخ في 1997[4]/03/17 كون أن الغاية التي قام من خلالها المورث بإجراء عقد القسمة التوثيقي هو تفضيل

---

[1] –ق.أ.ج المادة 180:" يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:
1) مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.
2) الديون الثابتة في ذمة المتوفى.
3) الوصية.
فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة، آلت التركة إلى ذوو الأرحام، فإذا لم يوجد آلت إلى الخزينة العامة."

[2] – ق.أ.ج المادة 127:" يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي."

[3] – المجلة القضائية، العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية والمواريث، لسنة 2001، ص332، المبدأ:" إنه من المقرر شرعا وقانونا أن التركة لا تفتتح إلا بعد وفاة المورث، لتحديد نصيب كل وارث فيها، وإن اكتفاء قضاة الموضوع بمناقشة شكلية العقد وأغفلوا مضمون العقد المطلوب إبطاله شكلا ومضمونا، يعد أمرا مخالفا للقانون
إن تصرف مورث الأطراف أمام الموثق بتحرير العقد المؤرخ في 1971/01/23 الذي أعطاه الموثق اسم اعتراف بقسمة مؤبدة بين أبنائه، فإنه عمل لا أساس له في الشريعة الإسلامية أو في القانون المدني، لأن التركة لا تفتتح إلا بعد وفاة المورث، كما أن القسمة ذاتها لا تتم إلا بين الشركاء، والورثة ليسوا شركاء مع مورثهم، فتصرف المورث كما ذكر لم يعتمد على أساس شرعي أو قانوني، لأن نصيب كل وارث لا يتحدد إلا بعد وفاة المورث، وبذلك فإن رفض طلب الطاعنين باعتماد قضاة الموضوع على العقد التوثيقي لا يقوم حجة في رفض الدعوى الأمر الذي جعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض."

[4] – المجلة القضائية العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية والمواريث لسنة 2001، ص 340، المبدأ:" إن قسمة التركة التركة أثناء الحياة لا تجوز شرعا وقانونا، وإن المورث عندما منح أحد أبنائه جملة من العقارات مفصلة بعقد توثيقي أثناء حياته، فإن ما قام به يعتبر عملا غير مشروع، ومتى تبين من قضية الحال أن مورث الأطراف قسم أملاكه على أولاده أثناء حياته، رغم أن التركة لا تفتتح إلا بعد موت المورث، فإن القسمة لا تكون بين الأبناء، لأن القن القسمة المزعومة في قضية الحال كان يغلب عليها طابع المحاباة وتفضيل أحد الأبناء على الآخرين، ولذلك فإنها ممنوعة شرعا، وإن القضاة

احد الأبناء ومنحه جملة من العقارات يكون مخالفا للشرع والقانون، لأن القاعدة العامة في القسمة شرعا وقانونا هي المساواة في القسمة بالنظر إلى نصيب كل شريك في الشيوع، كما قضت المحكمة العليا في قرار لها بنقض قرار اعتمد فيه على عقد القسمة تم بعقد عرفي في قضية تحت رقم 125622 مؤرخ في 1995/10/24[1]، وأكد قضاة المحكمة العليا أن العلة تكمن في افتتاح التركة أثناء حياة المورث والذي هو مخاف للمادة 127 وقيام قضاة الموضوع بالموافقة على القسمة التي تمت بعقد عرفي لا يحول دون حق الورثة في الطعن في القسمة.

وفي التشريع المصري نص المشرع في المادة 131 من القانون المدني على أنه:" يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا.

غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون."

فالقاعدة العامة في التشريع المصري هي عدم جواز قيام الورثة بقسمة التركة ومورثهم على قيد الحياة[2]، والاستثناء الأحكام الخاصة التي نضمها المشرع المصري في حالة قيام المورث بقسمة المال على ورثته والذي نظم أحكامه في المواد 908 وما بعدها من القانون المدني المصري، وكذا قانون الوصية رقم 81 لسنة 1946 في المادة 13 والذي أجاز للشخص أن يوصي بأمواله مقسمة إلى ورثته، وتكون تلك القسمة ملزمة لهم بعد الوفاة، واستندوا في ذلك إلى أقوال بعض الحنابلة والشافعية من الفقه الإسلامي، ولهذا النوع من القسمة أثر أثناء حياة الموصي وأثر بعد الوفاة، فيجوز له أثناء حياته أن يعدها أو يلغيها فتطبق بعد وفاته أحكام الميراث من حيث الأنصبة وطريقة القسمة، أما بعد الوفاة فإذا توفي المورث وكان مصرا على وصيته فتصبح ملزمة بغض النظر على موافقة سائر الورثة[3].

بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشريعة الإسلامية والقانون المدني، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه."

[1] – المجلة القضائية لسنة 1996 العدد الأول غرفة الأحوال الشخصية ،ص 117، من القرار:"...كما أن تصرف مورث الأطراف بقسمة أملاكه على أولاده، بعقد عرفي أثناء حياته، لا أساس له في الشريعة الإسلامية أو في القانون المدني، لأنه من المقرر شرعا وقانونا أن الإرث يستحق بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي.

وبما أن قضاة الموضوع قد وافقوا على القسمة التي أقامها مورث الأطراف، مع أن التركة لا تفتتح إلا بعد وفاة المورث طبقا للمادة 127 من قانون الأسرة، ولذلك فإن رفض طلب الطاعنين باعتماد قضاة الموضوع على العقد العرفي لا يقوم كحجة في رفع الدعوى، الأمر الذي استوجب نقض القرار المطعون فيه."

[2] – محمد المنجى المرجع السابق، ص 67.

[3] – نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، المرجع السابق، ص 159.

فتكون ملزمة قسمة المورث أثناء حياته، ولو زادت حصة شريك عن ما كان سيؤول إليه بموجب التركة أعتبر وصية، إذ تنص المادة 908 من القانون المدني على أنه:" تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإن زات قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية." ونصت كذلك المادة 909 من نفس القانون على أنه:" القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائما، و تصبح لازمة بعد وفاة الموصي[1]."

أما إذا لم تشمل الوصية بالقسمة جميع أموال المورث تؤول هذه الأموال مشاعة بين الورثة بعد وفاة المورث ولا يجوز لهم التصرف فيها أثناء حياته بالقسمة إذ تنص المادة 911 من القانون المدني على أنه:" إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته، فإن الأموال التي لم تدخل القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقا لقواعد الميراث." وبالتاي تنطبق عليها احكام المادة 131 من القانون المدني، فلو تقاسم الشركاء المال الذي لم تشمله الوصية بالقسمة اعتبرت باطلة، لأنها تصرف في تركة مستقبلية، ونفس الحكم ينطبق على المال المشاع الذي يؤول للورثة بسبب وفاة أحدهم والمشمول بالوصية بالقسمة، فيؤول نصيبه مشاع على سائر الورثة، وهو ما نستخلصه من نص المادة 911 من القانون المدني بنصها:" إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا القسمة، فإن الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقي الورثة طبقا لقواعد الميراث[2]."

ويرى بعض الفقه في هذا الصدد أنه يثبت حق القسمة بعد بدأ حالة الشيوع وليس قبلها، واتفاق الشركاء على قسمة مال المورث هو قسمة أموال لم تؤول إليهم بعد فيكون باطلا تصرفهم في أموال المورث، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في القسمة بالبطلان[3].

تجدر الإشارة إلى مسألة هامة وهو أن المشرع الجزائري تضمن في المادة 92 السالفة الذكر نفس الاستثناء فالمادة 92 نسخة طبق الأصل عن المادة 131 من القانون المدني المصري، وإن كان في التشريع المصري ما يبرر إدراج المشرع هذا الاستثناء كونه نظم أحكام خاصة بالوصية بالقسمة، إلا أنه وفي التشريع الجزائري لا يوجد مثل هذه الأحكام، لذا أناشد المشرع الجزائري من خلال التعديلات اللاحقة تعديل هذه المادة لتكون أكثر ملائمة لسائر النصوص القانونية.

وأكدت محكمة النقض المصرية في قرار لها مؤرخ في 1967/11/21 أن مشاركة المال أثناء حياة المورث يعد مساس بحق الإرث واتفاق مخالف للنظام العام لذل يقع باطلا بطلان مطلق كل اتفاق

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع المجلد الأول، المرجع السابق، ص 185.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع المجلد الأول، المرجع السابق، ص 189.

[3] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 883، محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 318.

ينطوي على التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه، ولا يلحق هذا التصرف الإجازة ويجوز للمدعي ولو كان أحد الشركاء المتقاسمين إثباته بكافة وسائل الإثبات[1].

ولم يجز المشرع الفرنسي بدوره على غرار التشريع الجزائري والفرنسي التصرف في تركة شخص وهو على قيد الحياة،[2] واستثنى على غرار التشريع المصري أحكام الوصية بالقسمة أو الهبة بالقسمة، فيجوز بمقتضى التشريع الفرنس للشخص أن يقسم أمواله على شكل الوصية بالقسمة أو الهبة بالقسمة[3].

وما يميز الوصية بالقسمة والهبة بالقسمة، أن الوصية بالقسمة تسري عليها آثار القسمة، ولا يمكن للمستفيدين الورثة أن يجتازوها للمطالبة بقسمة جديدة للميراث فهي ملزمة لهم[4]، بينما الهبة بالقسمة تسري عليها أحكام الهبة بين الأحياء[5].

وفي الفقه الإسلامي وجود المال المشاع وقت القسمة أو وصفه ضروري وأمر مسلم به، ويرى الحنفية أن قسمة المعدوم باطلة، ويعلل الفقه الإسلامي أنه العلة من بتقرير بطلان القسمة هو احتمال زوال المال المقسوم أو تغيره بالزيادة او النقصان، فتخلف محل القسمة عند إجرائها يعطيها حكم العدم[6].

---

[1] – محمد المنجى المرجع السابق، ص 70.

[2] – Art. 1130. c.civ.fr : " Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi."

[3] – Art. 1075. c.civ.fr : " Toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits. Cet acte peut se faire sous forme de donation–partage ou de testament–partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas et pour les testaments dans le second."

[4]–Art. 1079. c.civ.fr : " Le testament–partage produit les effets d'un partage. Ses bénéficiaires ne peuvent renoncer à se prévaloir du testament pour réclamer un nouveau partage de la succession."

[5]–Art. 1077–2. c.civ.fr : " Les donations–partages suivent les règles des donations entre vifs pour tout ce qui concerne l'imputation, le calcul de la réserve et la réduction…"

[6] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص160.

ثالثا: بطلان القسمة لتخلف الشكلية المطلوبة

ويتعلق الأمر بقسمة العقارات المملوكة على الشيوع، أما المنقولات الشائعة فيعود إخضاع قسمتها للشكل الرسمي لإرادة الأطراف وليس إرادة المشرع، فيجب على الشركاء المتقاسمين إفراغ عقد القسمة للشكل الذي رسمه المشرع تحت طائلة البطلان، فبالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على إفراغ القسمة في الشكل الرسمي حين تنظيمه للملكية الشائعة، إلا أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة يفرض على الشركاء المتقاسمين اللجوء إلى الموثق لإفراغ القسمة في عقد رسمي إذا تعلقت بقسمة عقار[1]، وقد اعتبر القضاء الجزائري في قرار له رقم 198689 المؤرخ في 2000/05/31 عقد القسمة الذي يتضمن عقارات التي لم تراعى فيها الإجراءات الشكلية بمثابة قسمة مهايأة يكون الغرض منها الانتفاع من المال المشاع وليس إنهاء حالة الشيوع[2].

يتضح من خلال هذا القرار موقف المحكمة العليا بشأن القسمة التي لم تراعى فيها الإجراءات الشكلية، إذا اعتبرها منعدمة، واعتبر اتفاق الشركاء مجرد انتفاع بالمال المشاع وليس إنهاء له، فالمشرع الجزائري يجيز للأطراف التوجه إلى أحد الموثقين لإفراغ الاتفاق على القسمة في الشكل الرسمي[3]، وهذا الشكل الرسمي يترتب على مخالفته البطلان، ولتكون القسمة حجة على الغير لابد من شهرها بالمحافظة العقارية طبقا للمادة 15 السالفة الذكر من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وهذا ما أكدته المادة 16 من نفس الأمر بقولها:" العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف

---

[1] – ق.م.ج المادة 324 مكرر1: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية او محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية، في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد....".

[2] – سايس جمال، المرجع السابق، ص 268، مبدأ القرار:" من المقرر قانونا أن القسمة التي لم تراع الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهايأة تخص الانتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوع.

وحيث أنه لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية أساءوا تطبيق المادتين 732 و733 من القانون المدني."

[3] – قانون رقم 02/06 المتضمن قانون التوثيق، السالف الذكر، نص المادة 03: " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط القانون فيها الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة."

إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية."، فالشهر وفقا للتشريع الجزائري وسيلة لإعلام الغير بالتصرف الذي تم على العقار بما في ذلك عقد القسمة[1].

كما أكدت المحكمة العليا في قرار لاحق لها تحت رقم 229161 المؤرخ في 2002/04/24 على ضرورة لإفراغ القسمة في شكل رسمي، ونقضت القرار الذي اتخذه قضاة الموضوع بالمصادقة على قسمة ودية التي تمت على عقار[2].

بل وحتى ولو تمت القسمة في الشكل الرسمي جاز طلب بطلان العقد إذا ما تم بطريق الغش، وهذا ما نهجته المحكمة العليا في قرار لها رقم 148561 المؤرخ في 1997/04/30، و ذلك عندما أيدت قرار قضاة المجلس الذين أبطلوا البيع الصادر من الشركاء في الشيوع، والذي قام من خلاله الورثة بتحرير فريضة وأغفلوا عمدا أحد الورثة ليتم قسمة المال المشاع تصفية و دية عن طريق بيعه واقتسام ثمنه[3].

أما في التشريع الأردني نصت المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 المعدل بأنه:" في الأماكن التي تم التسوية فيها، لا يعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحا إلا إذا كانت المعاملة قد تمت في دائرة التسجيل." ونصت المادة الثانية من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953 على أنه:" ينحصر إجراء جميع المعاملات التصرف في

الأراضي الأميرية والموقوفة والأملاك ..... وإعطاء سندات التسجيل بها في دوائر تسجيل الأراضي[4]."

---

[1] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 53.

[2] – المبدأ:" القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 هو قضاء مخالف للقانون، مادام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي" عن هذا القرار أنظر كتاب لسايس جمال، المرجع السابق، ص 275.

[3] – المبدأ :" من الثابت قانونا وقضاء أنه إذا كان للعقد الرسمي قوة إثباتية حتى يطعن فيه بالتزوير فيما يخص المعاينات التي قام بها الموثق نفسه فإن المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة إثباتية إلى غاية تقديم الدليل العكسي.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشتمل جميع الورثة الشرعيين، بتعمد من المدعين، فهذا يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع ومن ثم فإن قضاة المجلس كانوا على صواب لما أبطلوا عقد البيع مسببين قرارهم تسبيبا كليا"، عن هذا القرار أنظر كتاب لسايس جمال، المرجع السابق، ص 152.

[4] – تيسير عبد الله المكيد العشاف، السجل العقاري، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى لسنة 2009، ص197.

وتضمن قرار التفسير رقم(1) لسنة 1971 الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين، بأن الشكلية في العقود المتعلقة بالعقارات الأراضي لا بد أن تتم بدوائر التسجيل أمام الموظف المختص بمديرية تسجيل الأراضي[1].

يتضح من خلال ما تقدم أن الشكلية في القانون الأردني في المسائل المتعلقة بالعقارات والأراضي من أركان العقد وليس كشرط للإثبات، ويترتب على مخالفة الشكل الذي رسمه المشرع الأردني بطلان التصرف، وهذا ما أكدته محكمة التمييز في قرار لها تحت رقم2001/2220 المؤرخ في 2001/10/21، على أن عقود التصرف في الأموال غير المنقولة من العقود الشكلية التي يجب أن تتم بدائرة التسجيل، والتوقيع عليها من ذوي الشأن أمام المأمور المختص وذلك بعد دفع الرسوم[2].

وفي التشريع الفرنسي يجب أن تتم القسمة وفقا الشكل الرسمي الذي حدده المشرع، ويعتبر باطلا وعديم الأثر الاتفاق الذي يقضي بقسمة العقارات دون الشكل الرسمي الذي حدده المشرع[3] ، بل واعتبر المشرع الفرنسي أن العقد لا يعدو أن يكون إلا مجرد كتابة مدنية بين الأطراف الموقعين، إذا كان الضابط العمومي غير مختص نوعيا و غير مؤهلا لتحرير العقد الرسمي، وكذلك في حالة وجود عيب في شكل العقد كأن يغفل الموثق بعض المسائل الجوهرية في العقد[4].

ويرى جانب من الفقه أن تخلف الشكلية كوجه لبطلان القسمة لا يقصد به فقط عدم إفراغ القسمة في قالب رسمي لاشتراط القانون ذلك، بل ويعتبر تخلفا للشكلية المطلوبة متى تمت القسمة رضائيا ولو

---

[1] – تيسير عبد الله المكيد العشاف، المرجع السابق، ص 198.

[2] – نفس المرجع، ص 199.

[3] – Art. 1321-1. c.civ.fr : " Est nulle et de nul effet toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix
stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel et toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une vente d'immeubles ou d'une cession de fonds de commerce ou de clientèle ou d'une cession d'un droit à un bail ou du bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle.

[4] – Art. 1318. c.civ.fr : " L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

بكافة أركانها و وشكلها الرسمي متى اشترط القانون صراحة على وجوب إجرائها قضائيا وعمد الشركاء إلى إجرائها بالتراضي[1].

نخلص في هذا الفرع من الأطروحة إلى أن المشرع الجزائري أجاز الطعن في القسمة الاتفاقية بشتى أوجه الطعن المقررة في العقود عامة، فيجوز الطعن في القسمة الاتفاقية للغلط أو التدليس أو الإكراه أو الغبن.

كما اتفقت التشريعات العربية والتشريع الفرنسي لجواز الطعن في القسمة للغلط أن يكون الغلط جوهريا لا في المسائل الثانوية، وأن تكون الحيلة التي لجأ إليها المتعاقد من الجسامة بحيث يمتنع الشريك في الشيوع عن إبرام عقد القسمة لو علم بها، وتكون الرهبة التي تولدت في نفسة اشخص الدافع للتعاقد.

وما يميز المشرع المصري في عيوب الرضا، أنه أخذ بفكرة الغلط المشترك، فلجواز الطعن في العقود عامة بما في ذلك عقد القسمة يجب أن يكون الغلط مشتركا بين الشركاء المتقاسمين.

وعلى خلاف التشريع الجزائري والتشريعات العربية، أفرد المشرع الفرنسي نصوص خاصة بالغبن والتدليس والإكراه والغلط في القسمة.

وفي الشريعة الإسلامية انفرد الحنفية عن باقي المذاهب وأجازوا الطعن في القسمة للغلط وسائر عيوب الرضا، أما سائر المذاهب فتأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة ومتى تخلل ركن في العقد كان الجزاء بطلان العقد، بينما في المذهب الحنفي جزاء عيوب الإرادة هو فساد العقد، ويترتب عنه جواز الشريك المتقاسم طلب فسخ العقد لعيب من عيوب الإرادة.

يرى كل من المذهب الشافعي والمالكي والحنبلي أنه مادام ورد النهي عن الخلل في العقود فيكون جزاؤها البطلان وليس الفساد، فالمذاهب الثلاثة وعلى خلاف المذهب الحنفي تسوي بين الخلل في أصل العقد أو في الصفات الملازمة له.

كما أن تخلل عيب من عيوب الإرادة في القسمة يجيز للشريك المتقاسم نقضها سواء كانت القسمة الاتفاقية أو قضائية، وهذا على خلاف التشريعات القانونية المعاصرة والتي لا تجيز ذلك بحجة أن القضاء يحيط القسمة من الضمانات بحيث لا يجوز نقضها حتى للغبن.

كما توسع الفقه الإسلامي في نظرية الاستغلال في العقود بما في ذلك عقد القسمة وعلى خلاف التشريعات القانونية المعاصرة والتي أجازت إبطال العقد للمتعاقد الذي تعاقد بناء على طيش بين أو

---

[1] - PHILIPPE Malaurie,opt cit , p.482

الهوى الجامع، أضاف التشريع الإسلامي حالات أخرى يجوز بموجبها الطعن في العقد وهي الحاجة وعدم الإدراك وعدم الخبرة وصنفها الفقه الإسلامي ضمن حالات الضعف التي تجيز للمتعاقد الطعن في العقد.

كما ساير التشريع الجزائري نظيره الفرنسي في تحديد مدة رفع دعوى لإبطال القسمة لعيوب الرضا وذلك في أجل خمس سنوات يبدأ سريانها من يوم اكتشاف العيب غلط كان أو تدليس، أو من يوم زوال الإكراه.

وبالنسبة لإبطال القسمة لنقص أهلية الشريك في الشيوع نهجت جل التشريعات إلى جعل التصرف موقوف على إجازة الولي أو الوصي، وفي كل الأحوال يجوز للقاصل أن يطلب إبطال العقد لنقص اهلية وذلك خلال خمس سنوات من يوم بلوغه سن الرشد، ويضيف المشرع الفرنسي انه مجرد تصريح القاصر بأنه كامل الأهلية لا يمنعه من طلب إبطال العقد، واستثنى المشرع الفرنسي بعض التصرفات والعقود التي يمكن للقاصر أن يبرمها وذلك بموجب الإيصاء.

تختلف سن التمييز من التشريع الجزائري إلى التشريع المصري ففي الوقت الذي حددها المشرع بسن الثالثة عشر، حددها المشرع المصري بسن السابعة، وسن الرشد في التشريع المصري محددة بسن الواحد والعشرين، بينما هي في التشريع الجزائري تسعة عشر سنة كاملة، ويعتبر كاملا الأهلية وفقا للتشريع الفرنسي من بلغ سن الثامنة عشر أو ما دون ذلك إذا تم ترشيده.

ولدى الفقه الإسلامي القاصر ليس له الولاية على نوع التصرف وكل عقد يبرمه يكون موقوفا على إجازة الولي، فهو عقد يكون مآله إما الزوال في حالة عدم إجازته من الولي، أو النفاذ في الحالة المخالفة.

ويجوز طلب بطلان العقد وفقا للتشريعات القانونية المعاصرة متى كان المتعاقد عديم الأهلية فتعتبر تصرفاته باطلة بطلان مطلق ونفس الحكم ينطبق على انعدام المحل، فيعتبر باطلا العقد الذي يتناول محلا معدوما، ومنعت كل التشريعات بما في ذلك التصرف في تركة إنسان وهو على قيد الحياة، لأن استحقاق الميراث يكون بعد الوفاة وليس قبلها.

واستثنى المشرع المصري هذه القاعدة في ما يتعلق بالوصية بالقسمة وأجاز للمورث دون سواه أن يتصرف في أمواله ويقسمها بين ورثته بالطريقة التي يحددها هو، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي والذي زيادة على نصه على أحكام الوصية بالقسمة نص على احكام الهبة بالقسمة ويكمن الاختلاف كما سبق ذكره أن الهبة بالقسمة تسري عليها أحكام الهبة بين الأحياء، بينما الوصية بالقسمة تسري عليها احكام الوصية فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ويجوز للمورث ان يبطلها، أو أن يعدلها أثناء حياته، أما بعد وفاته فتكون ملزمة لسائر الشركاء، ويعتبر باطلا كل تصرف يقضي بغير ذلك.

ويعتبر الفقه الإسلامي عامة والحنفية خاصة قسمة المعدوم باطلة، لأن قسمة المشاع لا بد أن تتضمن أموال معينة.

وذهب المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي إلى أن العقد الذي يتضمن قسمة عقار لابد أن يتم لدى الموثق تحت طائلة البطلان، ولا يكون العقد حجة على الغير إلا من وقت نشره في مجموع البطاقات العقارية.

المطلب الثاني: الاعتراض على قسمة المال المشاع ونقضها

بتمام القسمة تتحول الأيهم المعنوية إلى أجزاء مادية، ينفرد بموجبها كل شريك بنصيبه بالمال المشاع، و يتحول المال من شائع إلى مال خاص، ويستطيع في هذه الحالة أن يتصرف كل شريك بماله بشتى أنواع التصرف دون أخذ بعين اعتبار سائر الشركاء وهذا على خلاف التصرف في الحصة الشائعة الذي أجازه المشرع ما لم يسبب ضرر للشركاء، فقد ينتهز الشركاء الفرصة لإخفاء هذه الأموال لحرمان لدائنيهم من المطالبة بهم أو التنفيذ على هذه الأموال، كما قد يسرع الشركاء في إجراءات القسمة لحرمان مستحقين طارئ في القسمة، لدى تدخل المشرع الجزائري وسائر التشريعات الأخرى لحماية كل من الدائنين والمستحقين الطارئين، وذلك من خلال منحهم حق الاعتراض ونقض القسمة لتشملهم بدورها.

الفرع الأول: الاعتراض على قسمة المال المشاع

لدائني الشركاء المتقاسمين مصلحة في القسمة ولهم أن يعترضوا عيها متى توافرت فيهم الشروط لذلك، وذلك لحماية حقوقهم التي في ذمة الشركاء، وخوفا من تواطؤ الشركاء واتفاقهم قرر المشرع الجزائري حماية للدائنين للتدخل في قسمة المال المشاع، وساير في ذلك التشريعات القانونية المعاصرة في حماية لدائني الشركاء المتقاسمين، فسمح لهم بالتدخل في القسمة مستندين على نصوص قانونية، واختلفت التشريعات في تنظيمها لتدخل الدائنين، من حيث جواز التدخل في القسمة من الدائنين، ومن حيث صور القسمة وشكل الاعتراض، ويختلف أثر التدخل في التشريعات التي تجيزه في القسمة بينما إذا كان قبل القسمة أو بعدها، وذلك حسب طبيعة الحقوق التي في ذمة الشريك المتقاسم المدين.

أولا: أساس تدخل الدائنين في قسمة المال المشاع:

أجاز المشرع الجزائري على غرار سائر التشريعات لدائني الشركاء الاعتراض على القسمة، لأن لهم مصلحة في ذلك، خاصة من التواطؤ مع الشركاء والذي يضر بمصلحة الدائنين، وللتواطؤ عدة صور فقد يتفق الشركاء مع الشريك المدين على منحه أموال منقولة او نقود من جراء القسمة ليسهل عليه إخفاؤها او أن يتفق الشركاء على منح الشريك المدين نصيب معين عينا من الأموال محل القسمة ويتفق معهم على إخفاء نصيب آخر ليتم إكمال حصته الشائعة في المال.

لذلك أجاز المشرع للدائن أن يتدخل ويراقب إجراءات سير القسمة[1]، إذ نص في المادة 729 من القانون المدني على أنه:" لدائني كل الشركاء أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم.

وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش."

أول ما يتبادر للأذهان بعد قراءة هذا النص أن تدخل الدائنين يكون في القسمة القضائية دون الاتفاقية، وقد ثار جدل بين الفقهاء حول هذه المسألة، إذ يرى اتجاه أن هذا النص ينطبق على القسمة القضائية دون الاتفاقية بينما يرى الاتجاه الثاني جواز التدخل فيهما معا.

الاتجاه الأول: يرى مجموعة من الفقهاء أن تدخل الشركاء في القسمة مقصور على القسمة القضائية دون الاتفاقية، لأن عبارة " دعوى القسمة" تبين قصر تدخل الدائنين في القسمة القضائية دون الاتفاقية[2]، وبرر هذا الاتجاه رأيه بأن ليس للدائنين التدخل في القسمة الاتفاقية للمال المشاع حتى ولو كانوا معارضين عليها، أو كانت لهم حقوق مقيدة تضمن ديونهم، ويبقى على الدائنين سوى رفع دعوى عدم نفاذ التصرف على عقد القسمة إذا توافرت شروطها.

ويرى الأستاذ أحمد خالدي في هذا الصدد أن ما نص عليه المشرع في المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من شروط التدخل في الدعوى[3]، ينطبق مع ما نص عليه المشرع في المادة 829 من القانون المدني، وأن تدخل الدائنين مقتصر على دعوى القسمة، والتدخل في دعوى القسمة يتم بعد رفعها من الشركاء، وبالرجوع إلى طبيعة مصلحة الدائنين نجد أنها شخصية فالتدخل وفقا لنصوص

---

[1] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص130.

[2] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص130، حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف للنشر، طبعة 1975، ص 471.

[3] – ق.إ.م.إ المادة 194:" يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريا أو وجوبيا.

لا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة.

يتم التدخل تبعا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى.

لا يقبل التدخل أمام جهة الإحالة بعد النقض، ما لم يتضمن قرار الإحالة خلاف ذلك."

الإجراءات المدنية والإدارية يكون أصليا لصالح المتدخل[1]، ويضيف الأستاذ أنه بالرغم من أن المشرع لم يحدد شكل المعارضة التي يتدخل بها الدائنون في القسمة القضائية إلا أن نص المادة 194 السالفة الذكر حدد شكل التدخل والذي يتم وفقا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى[2].

الاتجاه الثاني: يرى جانب آخر من الفقه أن نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري ينطبق على القسمة بنوعيها اتفاقية كانت أم قضائية، وبرروا موقفهم أنه لا يود ما يمنع من إدخال الدائنين في القسمة الاتفاقية مثلما يجوز ذلك في القسمة القضائية، وأن الحكمة التي يتقرر بموجبها في إدخال الشركاء في القسمة الاتفاقية أوفر وأكثر من الحكمة التي يجوز بموجبها إدخال الدائنين في القسمة القضائية، كما أن المشرع أحاط القسمة القضائية بالعديد من الضمانات، بل وأعفى الدائنين المقيدة حقوقهم من تقديم معارضة على القسمة فيجب إدخالهم في القسمة وإلا كانت القسمة غير نافذه في حقهم، كما أن القسمة الاتفاقية أولى بحماية الدائنين بتدخلهم في القسمة لحماية حقوقهم لخلوها من الضمانات المقررة للقسمة القضائية، لدى فتدخل الدائنين يكون في القسمة على نوعيها[3].

ويرى جانب من الفقه أن القسمة الاتفاقية أحوج للتدخل من القسمة الاتفاقية لخلوها من الضمانات، وأنه قد يتعمد الشركاء بالتواطؤ مع الشريك المدين على أن يقع في نصيبه أموال منقولة أو سندات يصعب على المدين حجزها او أن يتفقوا على أن يقع في نصيبه أموال لا يجوز الحجز عليها، يجب التوسع في تفسير المادة 729 من القانون المدني والتي يقابلها نص المادة 842 من القانون المدني المصري، ويجب على المشرع أن يعدل المادة لتكون أكثر صراحة وشمولية، فيجب على الشركاء المتقاسمين أن يدخلوا الدائنين المقيدة حقوقهم في القسمة الاتفاقية، وإلا كان عقد القسمة غير نافذ في حقهم[4].

وبالرجوع إلى نص المادة 729 نجد ان المشرع يفرق بين نوعين من الدائنين الصنف الأول يشمل الدائنون العاديون أو الدائنون الذين لهم حقوق أشهرت بعد رفع دعوى القسمة أو بعد الاتفاق على إجرائها

فيجوز لكل من هؤلاء وفقا للمادة 729 السالفة الذكر أن يعارضوا بأن تتم القسمة بغير تدخلهم وذلك بغض النظر عن نوع القسمة عينا أو تصفية، فعلى المدين أن يحتاط ويحمي مصالحه بكل الطرق

---

[1] – ق.إ.م.إ المادة 197:" يكون التدخل أصليا، حينما يتضمن ادعاءات لصالح المتدخل."

[2] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص131.

[3] – زايد رجب أحمد البشبيشي، المرجع السابق، ص 181، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 236.

[4] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 936، محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، 475.

التي شرعها القانون، فيوجه معارضته إلى كل الشركاء وليس فقط الشريك المدين وإلا كانت عديمة الأثر، ويستوي في ذلك أن تتم عن طريق محضر قضائي، لأنه بالرغم من أن النص لم يشترط شكلا محددا، إلا أنه يقع عبء إثبات المعارضة على المدين في حالة ما قدمها شفاهية، ولم يحدد المشرع الجزائري أجلا محدد لتوجيه المعرضة، فيصح أن توجه بمجرد علم الدائن بأن لمدينه حصة شائعة في المال المشاع، ويكون له الحق في المعارضة إلى ان يصدر الحكم بالقسمة أو إبرام عقد القسمة والذي يتحدد بموجبه الجزء الذي يؤول كل شريك.

والصنف الثاني من الدائنون هم الدائنون ذوي الحقوق المشهرة أو المقيدة قبل رفع الدعوى أو الاتفاق عليها، وهؤلاء لم يلزمهم المشرع الجزائري من توجيه المعارضة، بل ألزم الشركاء في إدخالهم القسمة تحت طائلة عدم نفادها في مواجهتهم[1]، ومن الدائنون المقيدة حقوقهم مشتري جزء مفرز من عقار مملوك على الشيوع والذي تم شهره بالمحافظة العقارية، فيجب إشراكه في القسمة بالضمان، وإدخاله في القسمة يضمن استفاء حقه من المال محل القسمة[2]، أما بالنسبة لمشتري حصة شائعة فلا يعد دائنا بل شريك مع الشركاء وكل اتفاق أو حكم يقضي بقسمة المال المشاع دون إشراكه لا يكون نافذا في حقه ويجوز له نقض القسمة وطلب إعادتها من جديد لتشمله[3].

ومن الحقوق المقيدة الرهن الذي رتبه الشريك في الشيوع على جزء مفرز من العقار الشائع[4]، أو حق التخصيص[5]، أو حق الامتياز [1] الواقع على عقار [2].

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 478.

[2] – وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، تمت مناقشتها في 2008، ص 51.

[3] – زايد رجب أحمد البشبيشي، المرجع السابق، ص 189.

[4] – ق.م.ج المادة 890 :" يبقى نافذا، الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان القسمة.

وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل لقسمة.

ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء و لا بامتياز المتقاسمين."

[5] – ق.م.ج المادة 937:" يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين، ان يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف.

ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في تركة."

و أجاز المشرع المصري بدوره تدخل الشركاء في القسمة وذلك ما تنص عليه المادة 842 من القانون المدني بنصها:" لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا، أو أن يباع المال بالمزاد، بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء. ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع الدعوى.[3]"

ومتى وجد دائنين للشركاء المتقاسمين يجب اختصامهم في القسمة[4]، ولكن المشرع المصري بدوره فرق بين الدائنون العاديون والدائنون المقيدة حقوقهم، ولم يحدد مدة المعارضة أو شكلها على غرار المشرع الجزائري، ويرى جانب من الفقه المصري ان تدخل الدائنين مقصور على القسمة القضائية، مرجحا تطبيق المادة 126 فقرة أولى من قانون المرافعات التي تجيز للدائن ذي المصلحة في التدخل في الدعوى إذ تنص المادة على أنه :" يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضما لأحد الخصوم.[5]"

كما نظم المشرع الليبي بدوره تدخل الدائنين في القسمة واشترط ان توجع المعارضة بدوره إلى كل الشركاء المتقاسمين، وفرق في المادة 846 من القانون المدني المطابقة للمادة 729 من القانون المدني الجزائري، بين الدائنين العادين والدائنين الذين لهم حقوق مقيدة، ويترتب على عدم اشرك الدائنين المعارضين في القسمة أو المقيدة حقوقهم اعتبار القسمة كأنها لم تكن، وعلى هذا الأساس يجوز للدائنين المطالبة بالقسمة بطريق الدعوى غير المباشرة للمطالبة بقسمة المال المشاع من جديد[6].

وفي التشريع اللبناني لم يجز قانون الموجبات والعقود اللبناني تدخل الدائنين فقط، بل أجاز صراحة للدائنين أن يطلبوا إبطال القسمة التي أجريت بالرغم من اعتراضهم إذ نص في المادة 943 على أنه :" يحق لدائني أحد الشركاء المتقاسمين، المصاب بإعسار، أن يعارضوا في إجراء القسمة، أو بيع

---

[1] – ق.م.ج المادة 982 :" الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين، مراعاة منه لصنفه.
ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني."

[2] – أحمد خالدي المرجع السابق، ص 132، نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، المرجع السابق، ص 171.

[3] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 933.

[4] – جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 202.

[5] – نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، المرجع السابق، ص 170.

[6] – إبراهيم أبوا النجا، المرجع السابق، ص 128.

المال المشترك بالمزاد في غيابهم، ويمكنهم التدخل على نفقتهم، ويحق لهم أيضا طلب إبطال القسمة إذا كانت قد أجريت بالرغم من اعتراضهم."

ويجب إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم في السجل العقاري اللبناني في دعوى القسمة دون حاجة إلى معارضتهم إذ نصت المادة 942 من نفس القانون على أنه :" لكل من الشركاء أن يقيم الدعوى أمام المحكمة بوجه جميع الشركاء وأصحاب الحقوق العينية المدرجة أسماؤهم في السجل العقاري أو في كشف المختار في العقارات غير المحررة والمحددة[1]."

ويجوز للشركاء المتقاسمين أو لأحدهم أن يوقفوا طلب الدائن بإبطال القسمة إذا رفع دعوى إبطال القسمة وذلك بإيفاء الدين الذي على شريكهم المدين إذ نصت المادة 944 من نفس القانون على أنه: "للشركاء المتقاسمين أو لأحدهم أن يوقفوا دعوى إبطال القسمة بإيفاء الدائن أو بإيداع المبلغ يدعيه[2]."

أما المشرع السوري فقد كان أكثر تنظيما لتدخل الدائنين في القسمة، بحيث نص صراحة على جواز التدخل في القسمة بنوعيها الاتفاقية والقضائية، وتطرق إلى شكل المعارضة في كل نوع من القسمة إذ نص في المادة 796 من القانون المدني على أنه:" لدائني كل شريك أن يعارضوا في القسمة عينا أو في بيع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتكون المعارضة في حالة القسمة القضائية بتدخل الدائنين في المحكمة أو أمام دائرة التنفيذ، وفي حالة القسمة الرضائية بإنذار رسمي يبلغ إلى جميع الشركاء، ويترتب على الشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين إلى جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، ويجب على كل حال إدخال الدائنين المسجلة حقوقهم في السجل العقاري قبل رفع دعوى القسمة.

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا إلا في حالة الغش."

فالمشرع السوري من خلال ما تقدم يجيز للدائنين التدخل في القسمة الاتفاقية والقضائية وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الأردني وهذا ما نص عيله صراحة في المادة 1045 من القانون المدني بنصها:" لدائني كل شريك الاعتراض على القسمة رضائية كانت أو قضائية وذلك بإنذار يبلغ إلى جميع الشركاء إذا كانت القسمة رضائية أو بالتدخل أمام المحكمة إذا كانت قضائية.

ولا تنفذ القسمة في حق الدائنين إذا لم يدخلهم الشركاء في جميع الإجراءات.

فإذا تمت القسمة فليس للدائن الذي لم يتدخل أن يطعن فيها إلا في حالة الغش[3]."

---

1 – نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، 195.

2 – عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 220.

3 – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص244.

فالمشرع الأردني اشترط التدخل في الدعوى على غرار نظيره السوري، فيجوز للدائن التدخل في دعوى القسمة إذا كانت مطروحة أمام القضاء، وذلك ليشمله حكم القسمة، ولكن المشرع الأردني وعلى خلاف التشريع الجزائري الذي اشترط في التدخل الصفة والمصلحة إضافة إلى اتباع الإجراءات المقررة لرفع الدعوى، يضيف المشرع الأردني أن يبقى تدخل الدائن موقوف على اقتناع المحكمة وتقريرها لأحقيته في الدخول في القسمة إذ نص في المادة 114 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه :" يجوز لمن له علاقة في دعوى قائمة بين الطرفين ويتأثر من نتيجة الحكم فيها أن يطلب إدخاله في الدعوى، فإذا اقتنعت المحكمة من تأثره فيما ذكر تقرر قبوله[1]."

ويرى جانب من الفقه أن معارضة الدائنين على القسمة تعتبر كأنها حجز مال المدين لدى الغير، فلو حصل الشريك المتقاسم نتيجة القسمة على معدل نقدي أو دين مستحق في ذمة شريك آخر، وجب على هذا الأخير أن لا يفي بالدين للشريك بل يجب أن يفي به للدائنين المعارضين، وهذا الرأي يبقى محل انتقاد لأن الدائنين يطلبون التدخل في القسمة لا الحجز على أموال مدين، كما أن الهدف من المعارضة هو حماية أموال الدائنين من تواطؤ الشركاء وليس التنفيذ على أموال الشريك المتقاسم، كما ان جل التشريعات لم تحدد شكل المعارضة على خلاف إجراءات حجز مال المدين لدى الغير والتي هي مقيدة بإجراءات معينة[2].

وفي التشريع الفرنسي أجاز المشرع للدائنين أن يتدخلوا في القسمة ولم يحدد صنف القسمة التي يجوز التدخل فيها و لا شكل المعارضة، ونص صراحة على أن تكاليف التدخل تكون على حساب دائنين المعارضين، وأن التدخل يتم لمصلحة الدائنين للحيلولة دون غش وتدليس الشركاء المتقاسمين، ولم يجز التشريع الفرنسي للدائنين التدخل في القسمة إذ تم إجراؤها ما لم تتم إجحافا ومساسا بحقوق الدائنين المعارضين، أما إذا لم يتم الاعتراض على القسمة بعد تمامها فلا يجوز لهم الطعن فيها[3].

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الغش والتحايل في القسمة يسهل إجراؤه بحيث يتواطأ الشركاء فيما بينهم بمعية الشريك المدين على أن يقع في نصيبه مال لا يمكن الحجز عليه أو يسهل إخفاؤها

[1] – وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص 163.

[2] – عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 220، زايد رجب أحمد البشبيشي، المرجع السابق، 188.

[3] – Art882. c.civ.fr : " Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence : ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais ; mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée."

ووفقا للقواعد العامة للدائنين نقض التصرفات التي قام بها المدين بالتحايل والغش عن طريق الدعوى البوليصية[1]، ولكن في حالة القسمة اشترط المشرع صراحة المعارضة لجواز تدخل الدائنين في القسمة، ولم يحدد شكل المعارضة وفق صورة معينة، فهي وسيلة مقرر للدائن لمعرفة الشركاء في الشيوع بطريقة لا لبس فيها ، تكون بتصريح يوجه إلى الموثق المصفي.

وتجوز المعارضة ما لم يتم إجراء القسمة، ويترتب على ذلك إذا كانت الأموال الشائعة تتضمن عقارات، ولم يتم شهر القسمة وفقا لنص المادة 30 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي لسنة 1955 والمتضمن الشهر العقاري ، يكون جائز للدائنين الاعتراض على القسمة ، لأنه ما لم يتم شهر القسمة لا تعتبر انها تمت بالتالي يجوز الاعتراض عليها[2].

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فلم يتعرضوا إلى هذه المسألة بالشكل الصريح، واختلف في من تعرض منهم في جواز تدخل الدائنين في القسمة من عدم جوازه، فاعتبر فريق أن يجوز التدخل في القسمة لحماية مصالحهم التي في ذمة الشركاء المتقاسمين.

بينما ذهب فريق منهم إلى عدم جواز ذلك، وحجتهم أن حقوق الدائنين متعلقة بذمة المدين الشريك في الشيوع لا بأمواله، فيكون هذا الجانب من الفقه قد خالف بذلك ما ذهبت إليه التشريعات القانونية المعاصرة من تقرير حق الدائنين في التدخل في القسمة[3].

ويرى محمد عبد الرحمان الضويني في هذا الصدد ان ما ذهب إليه الاتجاه الثاني بمن فيهم الشيخ علي خفيف-رحمه الله- فيه بعض من الغلو، لأن الشريعة الإسلامية تحرص دائما على استفاء الحقوق، فإذا كان الشريك حر في المطالبة بحق القسمة فلا يكون للدائن الحق في المطالبة إلا عند حلول الأجل، ويجب التفريق بين فرضين:

---

[1]– Ar1167. c.civ.fr : " Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre "Des successions" et au titre "Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux", se conformer aux règles qui y sont prescrites. "

[2]– Pierre Voirin –Gilles Goubeaux ,op.st, p274.

[3] – علي خفيف، المرجع السابق، ص 101.

الفرض الأول: هو حلول أجل الدين وقت إجراء القسمة

ففي هذه الحالة يجوز للمدين الاعتراض على القسمة أو أن يطلب التدخل فيها ليضمن حقوقه التي في ذمة المدين المتقاسم والتي حل أجلها، وتكون القسمة فرصة لاستفاء الدين والحيلولة دون تواطؤ الشركاء مع شريكم المدين في القسمة لتسهيل تهريب أموال المدين إضرار بالدائن.

الفرض الثاني: هو عدم حلول أجل الدين وقت القسمة

أما إذا لم يحل أجل الوفاء بالدين بعد، فنفرق بين حالتين:

الحالة الأولى : يكون فيها الدين مضمونا بعين مرهونة، فيجوز للدائن أن يتدخل في القسمة إن كانت العين المرهونة ضمن المال الشائع محل القسمة، وذلك ضمانا للدائن للوفاء بالدين.

الحالة الثانية: تتمثل في كون الدائن دائنا عاديا ولم يحل أجله في الدين، فهنا يجب أن ننهج إلى ما ذهب إليه الشيخ علي خفيف –رحمه الله– والقول بعدم جواز الدائن للتدخل في القسمة لارتباطها بذمة المدين، ولا يمكنه أن يحول دون قيام الشريك بقسمة ماله في الشيوع[1].

ثانيا: أثر تدخل الدائنين في القسمة قبل وبعد إجرائها:

بالرجوع إلى نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري نجد ان أثر التدخل يختف بين ما إذا تم إجراء القسمة أو لم تتم بعد، وتختلف بالنسبة للدائنين المقيدة حقوقهم والدائنين العاديين.

1- أثر تدخل الدائنين قبل تمام القسمة:

إذا تدخل الدائن في قسمة المال المشاع، وأرسل معارضة إلى جميع الشركاء في الشيوع، أو كان للشريك حق مقيد كما لو كان رهنا على حصة مفرزة في الشيوع قبل القسمة، تعين على الشركاء المتقاسمين إذا عمدوا للقسمة أن يدخلوا الدائن المعترض أو ذوا الحق المقيد في جميع إجراءات القسمة، ويجوز للدائن متى علم بالقسمة سواء عارض أو لم يعارض أن يتدخل في القسمة من تلقاء نفسه، ويترتب على دخول الدائن القسمة متابعة جميع مراحل القسمة من المفاوضات إلى غاية تمامها، والهدف هو حماية مصالح الشركاء وترقب الأموال التي تؤول لمدينهم والتي يجوز لهم التنفيذ عليها، وإذا كانت القسمة مطروحة على القضاء جاز للدائن وفقا لنص المادة 729 السالفة الذكر ان يتدخل في دعوى القسمة ويراقب سير إجراءاتها.

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 486.

ويترتب على ذلك أيضا أنهم يستطيعون الدفع الغبن في القسمة الذي امتنع عن الدفع به المتقاسم المدين سواء كان تقصيرا أو تواطأ منه، وللدائنين مراقبة أعمال الخبير في تقسيمه للمال الشائع سواء الذي عينه الشركاء أو المحكمة، ولا يكون للمعارضة أي أثر إذا وجهت لبعض الشركاء دون البعض الآخر لأن القسمة لا تتجزأ.

وإذا تدخل الدائن في القسمة فهذا لا يعطيه الحق في المطالبة مثلا ببيع المال المشاع بالمزاد متى كانت القسمة العينية ممكنة، ولا يجوز للدائن أن يطلب إجراء القسمة عن طريق القضاء متى اجتمعت مقومات القسمة الاتفاقية، واعتراض الدائن على القسمة وتدخله فيها لا يمنه الشريك المدين من التصرف فيها أو ترتيب حقا عينيا، فللمعرضة حق للتدخل في القسمة وليس منه الشريك من التصرف في حصته، ويكون للشركاء في مقابل ذلك الحق في رفع دعوى عدم نفاذ التصرف[1]، إذا كان ذلك التصرف ضار بحقوق الدائنين، إذا انقص الشريك المتصرف من حقوقه نتيجة تصرفه أو انه زاد في التزاماته، مما تسبب في عسره[2].

أما إذا تدخل الشركاء في القسمة بأن قدموا معارضة لجميع الشكاء أو كان للشركاء حقوق مقيدة قبل القسمة كانت القسمة غير نافذة في حقهم وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 729 من القانون المدني فقرة ثانية بنصها: " وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة."

فعدم دعوة الدائنين للقسمة كافية لجعلها غير نافذة، وما يتبقى على الدائن إلا ان يثبت أنه تضرر من جراء القسمة، أن يثبت أن الشركاء اتفقوا على تخصيص أموال للشريك الدائن تقل عن قيمتها الحقيقة، أو انهم اتفقوا على تخصيص أموال نقدية للشريك الدائن لسهل عيه إخفاؤها ومنع الدائنين من التنفيذ عليها، ويترتب على عدم دعوة الدائنين الدخول في القسمة رغم معارضتهم أو وجود حق مقيد اعتبار القسمة لم تكن، ويعود المال إلى حالة الشيوع، ويجوز على إثر ذلك المطالبة من جديد بقسمة المال المشاع اتفاقا أو قضاء، كما يجوز للدائن أن يطلب القسمة بدل الشريك المدين[3].

---

[1]- ق.م.ج المادة 191:" لكل دائن حل ينه وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذ التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توفرت أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية."

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق ص941.

[3] - عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، ص 942.

وهو الموقف الذي تبناه المشرع اللبناني في المادة 942 وما بعدها من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وفي التشريع السوري والأردني، فمتى قدم الدائن معارضة على شكل إنذار رسمي إذا كانت القسمة اتفاقية، او التدخل في الدعوى إذا كانت القسمة قضائية، وجب إدخال الدائنين في جميع إجراءات القسمة وإلا كانت غير نافذة في مواجهتهم، وذلك طبقا للمادتين من القانون796 المدني السوري[1] و1045من القانون المدني الأردني.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الأثر الوحيد الذي يرتبه تدخل الدائنين في القسمة بعد تقديمهم معارضة وفقا للمادة 882 من القانون المدني الفرنسي هو المساعدة على القسمة والمراقبة مدى عدالة ونزاهة القسمة من الغش والتحايل وكذا سلاسة الإجراءات المتبعة للقسمة، ولا يمكن للدائن اقتراح قسمة معينة، وفي مقابل ذلك إذا تمت القسمة بالرغم من تدخل الدائنين، جاز للدائنين رفع الدعوى البوليصية، بشرط إثبات غش وتواطؤ الشركاء المتقاسمين[2].

وفي الفقه الإسلامي يترتب على تدخل الدائنين في القسمة بالنسبة لمن يجيز التدخل، أنه للدائن أن يراقب سير القسمة لضمان حقوقه لدى الشريك المدين هذا إن حل أجل الدين أما إذا لم يحل أجل الدين يفرق الفقه الإسلامي بين ما إذا كان للدائن عين مرهونة أم لا فإذا كانت العين مرهونة جاز له التدخل في القسمة أما في الحالة المخالفة، لا يحق له ذلك لأن أجل استحقاق الدين لم يحن بعد[3].

2- أثر تدخل الدائنين بعد تمام القسمة:

يكون عديم الأثر كل اعتراض من الدائنين على القسمة بعد تمامها، فإذا دعا الشركاء المتقاسمين الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم قبل القسمة للتدخل فيها ولم يتدخلوا، لا يكون لهم الحق في الطعن فيها بعد إجرائها، أما إذا اعترض الدائنون أو كانت لهم حقوق مقيدة جاز الطعن في القسمة بعد إجرائها ويترتب على ذلك عودة الشركاء إلى حالة الشيوع، واعتبر جانب من الفقه أم مجرد عدم إدخال الشركاء في القسمة قرينة قانونية قاطعة[4] على الغش والتواطؤ[1].

---

[1] – ق.م.س.

[2] – Pierre Voirin –Gilles Goubeaux ,op.cit, p275.

[3] – زايد رجب أحمد البشبيشي، المرجع السابق، ص 185.

[4] – ق.م.ج المادة 337:" القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، غير أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، وتعرف القرينة القانونية أنها استنباط أمر مجهول من أمر معلوم أو هي واقعة ثابثة يؤخذ منها واقعة أخرى يطلب إثباتها، وهي تختلف عن القرائن القضائية التي تعرف أنها الاستنتاجات التي يتوصل إليها القاضي من خلال وقائع مطروحة عليه، فالقرائن القانونية تعفي المدعي بالحق

ولا يكون للدائنين الذين لم يتدخلوا في القسمة أو الذين قيدت حقوقهم بعد القسمة أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش، كأن يثبتوا أن الشركاء المتقاسمين تعمدوا على أن يقع في نصيب الشريك الدائن أموال يمكن إخفاؤها، وهذا ما نستخلصه من الفقرة الأخيرة من نص المادة 729 من القانون المدني الجزائري بنصها:" أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذيم لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش."

و سايرت سائر التشريعات العربية الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري، وهو ما نص عليه صراحة المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 842 من القانون المدني والفقرة الخيرة من المادة 846 من القانون المدني الليبي، المطابقتان للفقرة الأخيرة للمادة 729 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، وهو الموقف الذي تبناه المشرع السوري في الفقرة الثانية من المادة 896 الفقرة الثانية بنصها:" أما إذا تمت القسمة فليس للدائن الذين لم يتدخل إلا أن يطعن فيها إلا في حالة الغش"، ويطابقها في التشريع الأردني الفقرة الثالثة من المادة 1045 السالفة الذكر[2].

والأمثلة في الغش وتواطؤ الشركاء عديدة ومثال ذلك كأن يدعي الشركاء المتقاسمين أن شريكهم المدين هو مدين أيضا لمورثهم، وذلك للتحايل لخصم هذا الدين الصوري من حصته العينية في القسمة، ثم يقومون خفية بدفع الفرق المخصوم لتكملة حصته الحقيقية.

ومن الأمثلة أيضا أن يتفق الشركاء في القسمة على إيقاع الجزء المفرز من العقار الذي تصرف فيه الشريك في نصيب شريك آخر لتفويت الصفقة المبيعة إليه، او ان يتعمدوا إيقاع الحصة المفرزة التي رهنها الشريك في نصيب شريك آخر لينتقل الرهن في نصيب شريك آخر، أو التعمد لتخصيص أموال في نصيب الشريك المدين، وتكون هذه الأموال لا تشكل القيمة الحقيقة لحصة الشريك في الشيوع، ليقوموا لاحقا بدفع الفارق خفية.

ومن الحالات التي يكون فيها الغش أو تعمد الشركاء في قسمة التصفية، قصر المزايدة عليهم مانعين بذلك الأجانب للمزايدة وتضيع فرصة في زيادة ثمن المبيع[3]، وهذا ما دفع المشرع لفتح مجال الدخول في القسمة بعد تمامها.

من الإثبات ، بينما القرائن القضائية يستخلصها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها، عن هذا التعريف أنظر مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن عشر لسنة 2003، مقال للأستاذ علي لخطار شطناوي، بعنوان القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، ص143.

[1] – زايد رجب أحمد البشبيشي، المرجع السابق، ص196.

[2] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 163.

[3] – زايد أحمد رجب البشبيشي، المرجع السابق، ص 184.

وبالرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، يجوز للشرك بل من أن يطعن في القسمة أن يطلب التعويض إذا لحق ضرر نتيجة القسمة التي أجراها الشركاء، وإذا ثبت الضرر يكون الشركاء متضامنين بتعويض الضرر بالتساوي، ما لم يحد القاضي نصيب كل متقاسم في الالتزام بالتعويض[1].

ويجوز للشركاء توقي الطعن في القسمة بالوفاء بالدين على شريكهم المتقاسم المدين، ويرجعوا بعد ذلك على شريكهم المدين، ويجوز إذا تقرر للشريك المدين الطعن في القسمة لعيب في الرضا أو للغبن، أن يطعن الدائنون في القسمة عن طرق الدعوى الغير المباشرة[2].

أما إذا دعا الشركاء الدائنين للتدخل في القسمة ولم يتدخلوا فيها، أو تمت القسمة ولم يعلم بها الدائنين ليعارضوا فيها، ولم تكن لهم حقوق مقيدة لوجوب إدخالهم في القسمة، كانت هذه الأخيرة نافذة في حقهم إلا إذا تم الطعن فيها بالدعوى البوليصية، ويقع عليهم عبء إثبات الغش والتواطؤ، وإذا كانت القسمة قضائية جاز الطعن فيها وفقا للتشريع الجزائري بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وهذا وفقا لنص المادة 383 من قانون الإجراءات المدنية والادارية بشرط إثبات غش الشركاء المتقاسمين أطراف الدعوى إذ تنص المادة:" يجوز لدائني أحد الخصوم أو خلفهم، حتى ولو كانوا ممثلين في الدعوى، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم أو القرار أو الأمر، بشرط أن يكون الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه قد مس بحقوقهم بسبب الغش."[3]

وهو الموقف الذي تبناه المشرع المصري في نص المادة 450 فقرة أولى من قانون المرافعات بنصها:" يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها، أن

---

[1] – ق.م.ج المادة 126 المعدلة:" إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض."

[2] – عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 943.

[3] – الاعتراض الغير الخارج عن الخصومة طريقة من طرق الطعن غير العادية مقررة للغير الذي لم يشمله الحكم ويقرر لدائنين الأطراف حتى ولو كانون ممثلين في الدعوى، يتم أمام نفس الجهة المصدرة للحكم أو القرار أو الأمر في غضون خمسة عشر يوما من تاريخ صدور الحكم أو القرار أو الأمر، باتباع الأوجه المقررة شكلا في رفع الدعوى ، ويكون الاعتراض موقوفا على ايداع مبلغ لدى أمانة ضبط الجهة المختصة تتراوح قيمته من عشرة آلاف إلى عشرين ألف دينار، وزيادة على ذلك إذا رفض الاعتراض جاز الحكم على الطاعن بغرامة مالية، إضافة إلى حق الخصوم في المطالبة بالتعويضات، عن هذا التعريف أنظر كتاب فريحة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، طبعة 2013، ص 153.انظر كذلك كتاب عبد العزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، دار هومة للنشر، طبعة 2008، ص98.

يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطؤه أو إهماله الجسيم." فيكفي أن يثبت الدائن إهمال الشرك المتقاسم أو غشه لقبول طعنه.

ويرى بعضم من الفقه الفرنسي أن إهمال الدائنين إجراء المعارضة، يمنعهم من الحق في الطعن فيها حتى ولو كان فيها غش، غير أنه يجوز الطعن في القسمة بالدعوى البوليصية إذا أثبت الدائنين ان القسمة ظاهرية فقط وليس فعلية، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها[1]، على أنه زيادة على القسمة الصورية، يجوز الطعن في القسمة بالدعوى البوليصية إذا تمت بشكل مبكر أو بطريقة مستعجلة[2].

نخلص في هذا الفرع من الأطروحة إلى أن المشرع الجزائري وسائر التشريعات العربية أجازت تدخل دائنين الشركاء في القسمة، والهدف من التدخل ليس فرض طريقة معينة للقسمة بل المحافظة على مصالحهم الذي في ذمة الشريك المتقاسم والاحتياط من التواطؤ والغش الذي يمكن ان يبدر من الشركاء المتقاسمين.

من خلال الجدل الفقه الدائر حول نطاق التدخل في القسمة أرى جواز التدخل في القسمة بصنفيها لأن القسمة الاتفاقية أكثر عرضة للغش و التواطؤ من القسمة القضائية التي أحاطتها التشريعات بضمانات معينة.

لم يوضح المشرع الجزائري وسائر التشريعات العربية شكل المعارضة وكيفية إجرائها، عدا المشرع السوري الذي نص صراحة في حالة القسمة القضائية تكون المعرضة بتدخل الدائنين في المحكمة أو أمام دائرة التنفيذ، وفي حالة القسمة الرضائية بإنذار رسمي يبلغ إلى جميع الشركاء.

فرقت التشريعات العربية على غرار المشرع الجزائري بين الدائنين العاديين والدائنين الذين لهم حقوق مقيدة قبل رفع الدعوى، غذ تختلف الآثار بالنسبة إليهم بينما إذا تمت المعرضة قبل القسمة أو بعدها.

يترتب على معرضة الدائنين او وجود حقوق مقيدة قبل القسمة أن يتم إدخال الدائنين في إجراءات القسمة ولهم أن يراقبوا كيفية القسمة وأن يمارسوا الدعاوى التي يجوز لمدينهم ان يمارساها بطريق الدعوى غير المباشرة كالغبن في القسمة مثلا.

---

[1] – Cass .civ. 1[er] . 6mars 1996. Bull. civ. 1,n °125, cité par Pierre Voirin –Gilles Goubeaux ,op.st, p274.

[2] – Pierre Voirin –Gilles Goubeaux ,op.cit, p274.

لا يقبل تدخل الشركاء في القسمة بعد تمامها و يجوز لهم الطعن فيها إلا في حالة الغش، ولكن يجوز لهم وفقا للقواعد العامة ان يرفعوا دعوى للمطالبة بالتعويض إذا ترتب ضرر للدائنين من جراء القسمة.

إضافة إلى المعرضة في القسمة قبل تمامها في التشريع الأردني جعل القانون المدني قبول المعرضة موقوفة على إجازة القضاء، وذلك تأثرا ببعض الفقه الإسلامي الذي منع تدخل الدائنين في القسمة.

اختلف الفقه الإسلامي في مدى جواز التدخل في القسمة من عدمه من قبل الدائنين، فبعضهم يرى عدم جواز ذلك وتبريرهم ان الدين متعلق بذمة المدين الشريك في الشيوع لا بأمواله، بينما ذهب رأي آخر إلى القول بجواز التدخل مفرقين بين الدين الذي حل أجله والذي لمن يحل أجله بعد.

فإذا حل أجل الدين جاز التدخل في القسمة والسهر على التقسيم السليم للأموال الشائعة، أما إذا لم يحل أجل الدين بعد ولم تكن العين الشائعة مضمونة برهن فلا يجوز التدخل فيها، اما إذا كان أجل الوفاء حال الأداء وكان الدين مضمونا بعين مرهونة فيجوز التدخل في القسمة .

فالفقه الإسلامي يتفق مع ما جاء به القانون المدني الجزائري في التفريق بين أنواع الديون، بين الديون العادية والديون المضمونة بأعيان مرهونة، ويتفق مع القانون المدني في كون الغرض من دخول الدائنين هو حماية مصالحهم.

حفاظا على كيان القسمة ومكانتها لم يجز المشرع الفرنسي التدخل في القسمة بعد تمامها، فإذا اهمل الدائن القيام بالمعارضة لم يجز له التدخل في القسمة، حتى ولو تمت بغش وتواطؤ من الشركاء المتقاسمين.

ولكن الفقه استثنى صورة استخلصها من قرار قضائي مفادها أنه إذا استعجل الشركاء القسمة للتفويت على الدائنين الاعتراض عليها أو انها تمت بشكل صوريو ليس فعلي فإنه يجوز الطعن فيها بطرق الدعوى البوليصية متى استوفت شروطها.

الفرع الثاني: نقض القسمة لظهور مستحق طارئ في القسمة

قد تتم القسمة مستوفية لشروطها وأركانها اتفاقية كانت أم قضائية، ثم يطرأ على القسمة ما يجيز نقضها، وقد يتعلق الطارئ بالمال محل القسمة كما لو كان مستغرق بدين كأن يكون المورث مدينا للغير مثلا، أو انه رتب وصية قبل وفاته للغير، وقد يكون الطارئ متعلق بأحد الشركاء المتقاسمين ، كما لو ظهر شريك في الشيوع لم يكن يعلم به الشركاء أثناء القسمة، ويجري الشركاء القسمة جهلا بحقوق الغير أو تجاهلا لهم.

أولا: نقض القسمة لظهور دين على المورث

يشكل الميراث المصدر الغالب للشيوع، والقاعدة العامة أنه لا تتم القسمة إلا بعد اخذ مصاريف التجهيز والدفن، ثم تقضى ديون الميت، ويرى الورثة إذا ما كان لمورثهم وصية، بعد أن تستوفي شروطها، وفي الأخير ما تبقى يكون محل قسمة بين الورثة[1].

ولكن قد يحدث أن تتم القسمة ليظهر دائن على المورث، أو أن الورثة يتجاهلوا حق هذا الغير الذي في ذمة مورثهم، والذي قد يتسبب انخفاض في قيمة حصصهم المفرزة بعد القسمة، ولم يتعرض المشرع الجزائري لهذه الحالة حين تنظيمه للميراث في قانون الأسرة الجزائري، ولكنه أحال حكم هذه الحالة على غرار الحالات التي لم يرد النص بها إلى أحكام للشريعة الإسلامية[2].

وقد تطرق الفقهاء لإسلامي لحكم هذه الحالة، فعند الحنفية إذا اقتسم الشركاء التركة ثم ظهر دين على الميت، فيجب التفريق بين ما إذا كان للمتوفى مال آخر لم تشمله القسمة غير الذي تمت قسمته أو لم يكن له مال آخر.

---

[1] – ق.أ.ج المادة 180:" يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:
1) مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.
2) الديون الثابتة في ذمة المتوفى.
3) الوصية.
فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة، آلت التركة إلى ذوو الأرحام، فإذا لم يوجد آلت إلى الخزينة العامة."

[2] – ق.أ.ج المادة 222: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

فإذا كان للمورث مال آخر غير الذي تم اقتسامه جعل الدين فيه إذا ما كان يفي به، فتصان القسمة وتستقر، وقد يتوقى الشركاء الدين بالوفاء به لأن حقوقهم متعلقة بالتركة، وإذا أبرء الغرماء المورث المتوفى من ديونهم، فتمضي القسمة ويسقط حقهم في النقض للإبراء[1].

أما إذا لم يكن للمورث مال آخر للوفاء بالدين، وما لم يقض الشركاء المتقاسمون الدين ولم يبرء الغرماء المدين، وسواء كان الدين محيطا بالتركة أو غير محيطا بها تفسخ القسمة ويعاد المال إلى حالة الشيوع ليقضى الدين أولا ثم يقسم ما بقي من المال لأن الدين مقدم على الإرث قليلا كان أو كثيرا لقوله تعالى:" من بعد وصية يوصي بها او دين.[2]"

ويسقط حق نقض القسمة و فسخها للدين الطارئ إذا أوفى الشركاء المتقاسمين الدين الذي على مورثهم، ولا يجوز نقضها كذلك إذا أبرء الغرماء مورثهم لأن النقض حق مقرر لهم ولهم إبراء الدين فتكون القسمة صحيحة لزوال المانع.

أما إذا رفض الشركاء الوفاء، فتسمع دعوى الغرماء إذا رفضوا الإبراء، وذلك بغض النظر عما إذا كان الدائن أجنبيا عن المتقاسمين أو أحد منهم، فلو ادعى احد المتقاسمين بدين في التركة وأقام البينة على ذلك فله ان ينقضها، ولا تكون قسمته إبراء من الدين، أما إذا ادعى أحد الشركاء المتقاسمين بأحد أعيان التركة بعد قسمتها فلا تسمع دعواه لأن إقدامه على القسمة هو اعتراف بمشاركة المال محل القسمة[3] .

ويقول السرخسي في هذا الصدد (وإذا اقتسم الورثة دار الميت وعليه دين ردت القسمة قليلا كان الدين أو كثيرا، أما إذا كان الدين مستغرقا للتركة فلأن الورثة لا يملكون التركة ولا ينفذ تصرفهم فيها، ولأن القسمة بحكم تصرف بحكم الملك، وأما إذا قل الدين فلأنه شاغل لكل جزء من التركة، ولأن القسمة للإحراز، ولا يسلم للوارث شيء من التركة إلا بعد قضاء الدين، فهذه قسمة قبل أوانها كقسمتهم في حياة الميت[4].)

وعند المالكية يميزون بينما إذا كان المال مقوم أو غير مقوم، فإذا كان المال مقوما كدار أو بستان مثلا فإن القسمة تنفسخ ويأخذ الدائن ما يدين به للمورث ثم يقسم الباقي، ولا تنفسخ القسمة إذا دفع الورثة الدين أما إذا كان المال عينيا كالذهب أو مثليا كالقمح فلا تنفسخ القسمة بل يرجع الدائن الطارئ

---

[1] – أحمد فراج حسين، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للنشر طبعة 1989، ص 165.

[2] – من الآية 11 من سورة النساء.

[3] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 581.

[4] – عن هذا القول، أنظر كتاب لأحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، التجهيز والديون والوصايا والمواريث وتقسيماتها، دار الثقافة للنشر، طبعة 2008،ص 86.

على كل من الشركاء المتقاسمين، وذلك بكل ما آل إلى الشريك إن كان قائما وبمثله إذا تم التصرف فيه، كل هذه الأحكام وضعها المالكية للشركاء الذين لا يعلمون بوجود الدين أما إذا كانوا عالمين به فهم بذلك قد اعتدوا على حق الغير، وللدائن أن يرجع عليهم في جميع الأحوال ، ويرى بعض المالكية أن القسمة تنقض إذا هلك المال المثلي ولا تنقض إذا كان قائما، بينما ذهب رأي آخر إلى نقض القسمة مطلقا سواء كان المال قيميا أو مثليا وسواء كان الشركاء المتقاسمين عالمين بالدائن أو لم يعلموا، وهو الرأي الذي رجحه الأستاذ محمد عبد الرحمان الضويني[1]، لأن الدين مقدم على الإرث مطلقا.

ويرى الشافعية أنه إذا كانت القسمة تمييز لحقين فلا تنقض، إذا وفى الشركاء بالدين وتقتص من حصصهم المفرزة إذا رفضوا تسديد الدين، وإذا اعتبرت بيعا على اختلاف الآراء فجواز نقضها متأرجح بين رأيين:

الرأي الأول يرى أن القسمة باطلة، لأن التركة مرتهنة بالدين فلا يجوز بيعها كالرهن، فإذا تمت القسمة تنقض ويقضى الدين ثم يقتسم الباقي من المال المشاع.

والرأي الثاني يرى ان القسمة جائزة، لأن الدين غير مستحق بالتركة لجواز قضائه من غيرها[2].

ويرى الحنابلة أن القسمة تستقر ولا تنقض بعد ظهور الدين لأن الملك قد ثبت للورثة، وتعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها، وتعلقه بالتركة كان بغير رضاهم[3].

وفي التشريع المصري إذا ظهر دين بعد القسمة، ولم يستوف حقه لعدم ظهور دينه في قائمة الجرد، واستأثر كل وارث بجزء مفرز موازي لحصته الشائعة، جاز للدائن أن يرجع بالدين على أموال التركة، ما بقي منها في أيدي الورثة، لوجوب تقديم الدين على الإرث، وإذا رجع الدائن على أحد أعيان التركة التي اختص بها أحد الورثة، جاز لهذا الأخير أن يرجع على باقي الورثة كل بقدر حصته في الدين، وإذ تم التصرف في أعيان التركة فيرجع الدائن على الورثة لا المتصرف إليهم وهذا ما نستخلص من المادة 897من القانون المدني بنصها: " دائنوا التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم، لعدم ظهورها في قائمة الجرد، ولم تكن تأمينات على أموال التركة، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن النية حقا عينيا على تلك الأموال، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب تلك الأموال.[4]"

وتبنى المشرع الأردني نفس الموقف الذي اتخذته الشريعة الإسلامية في نقض القسمة، فإذا ظهر دين على الميت تفسخ القسمة إلا إذا أدى الورثة الدين أو أبرأه الدائن، ولا تفسخ القسمة إذا كان للميت

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 582.

[2] – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 169.

[3] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 180.

[4] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق ، ص 587.

مال يكفي لقضاء الدين ولم تشمله القسمة بعد وهذا ما نصت عليه المادة 1036 من القانون المدني الأردني بنصها:" إذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة تفسخ القسمة إلا إذا أدى الورثة الدين أو أبرأهم الدائنون منه أو ترك الميت مالا آخر غير المقسوم وسدد منه الدين"، فإذا توفي المورث آل المال إلى الورثة ولكن اقتسامه فيه مساس بحق الغير إذا كان على المورث دين، فالفسخ يتم عن طريق المحكمة بناء على طلب الدائنين وهذا ما تنص عليه المادة 181 من نفس القانون بنصها:" يكون التصرف موقوف على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان التصرف دائرا بين النفع والضرر أو عن مكره أو إذا نص القانون غير ذلك[1]".

وفي التشريع الفرنسي لم يتطرق القانون إلى نقض القسمة للديون التي على التركة ولكنه ألزم الشركاء بمقتضى نص المادة 870 على المساهمة في الأعباء والديون التي تتضمنها التركة ويتحمل كل وارث بحسب القدر الذي يأخذه منها[2].

ثانيا: نقض القسمة لظهور موصى له

تشترك الوصية والميراث وتتقاربان من حيث طرق اكتساب الملكية، على اعتبار الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت[3]، ولكنهما تختلفان من حيث الاختيار فالميراث هو وصية الشارع عز وجل وحدد الأنصب باختلاف أصناف الورثة، بينما الوصية هي من صنع الإنسان ويتصرف في ماله كيفما يريد وفقا للحدود الشرعية.

والوصية في التشريع الجزائري تسبق الميراث، ولكن المشرع الجزائري لم يتطرق لحالة ظهور موصى له بعد القسمة، تاركا الأمر للفقه الإسلامي الذي اجتهد لمعالجة حكم هذه الصورة.

---

[1] – احمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 254.

[2] – Art870. c.civ.fr : "870 Les cohéritiers contribuent entre eux au paiement des dettes et charges de la succession, chacun dans la proportion de ce qu'il y prend."

[3] – ق.أ.ج المادة 184:" الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع."

يرى الحنفية أنه إذا وصى الميت بجزء شائع من التركة، ثم ظهر الموصى له بعد القسمة، دون أن يخرجوا نصيبه منها، فتفسخ القسمة بأمر من القاضي ويستأنفها بعد إعطاء الموصى له حقه، لأنه شريك للورثة ملك حصة مثله مثل سائر الشركاء، فلو هلك جزء من التركة هان الهلاك على الورثة والموصى له، ولا تنقض القسمة إذا قضى الورثة الوصية من أموالهم و قبل الموصى له بذلك، فإذ رفض تنقض الوصية لتعلق حق الموصى له بعين التركة.

أما إذا كانت الوصية بمقدار من المال فتنقض القسمة وتعاد بعد استفاء الموصى له حقه، إلا إذا قام الورثة بدفع هذا المقدار إلى الموصى له، ففي هذه الحالة لا تنقض القسمة ولو رفض طريق استفاء الوصية لعدم تعلقها بعين التركة.

وعند المالكية إذا ظهرت وصية بعد تقسيم التركة وكانت الوصية بجزء شائع من التركة، فتنقض القسمة إذا كان المقسوم من القيميات كالعقار مثلا، ولا تنقض إذا كان من المثليات ويكفي أن يرجع الموصى له على كل واحد من المتقاسمين بما يزيد عن حقه، لأنه بوجود مستحق آخر وشريك في المال المشاع يقل القدر الذي يأخذه شريك في المال المشاع، فإذا اشتملت الوصية على أموال اقتسمها الشركاء مثلا وظهر موصى له بقدر الثلث في المال المشاع، فيكون المتقاسمين شركاء في الثلثين المتبقيين من المال لأن الوصية تسبق الميراث.

وإذا كانت الوصية بقدر محدد من المال فتنقض القسمة إلا إذا دفع الورثة المال للموصى له، لأن الموصى له لاحق له إلا في استفاء ذلك العدد من النقود من المال المشاع، ووصيته لا تتعلق بعين التركة، وينفردا لمالكية برأي نرى أن الأقرب إلى الصواب في استفاء الشريك اللاحق حقه، وهو أنه إذا كان المال قد أتلف أو أعسر شريك كتقاسم أو غاب أو توفي، فللموصى له أن يستوفي حقه من الذي بقي له مال من القسمة وأن يأخذ من الحاضر عن الغائب، ومن الحي عن الميت[1].

ولدى الشافعية و الحنابلة إذا كانت الوصية بشيء معين أو بجزء شائعا فإن حكمها حكم الاستحقاق فتبطل القسمة لكون القصد منها تمييز الحق وعدم حصول ذلك يجعلها باطلة، أما إذا كانت الوصية بقدر من النقود فتأخذ حكم الدين الذي ظهر بعد التركة[2].

ثالثا: نقض القسمة لظهور شريك في المال المشاع

قد تتم القسمة ويظهر شريك مستحق في المال المشاع، كما لو أجريت القسمة ولم تشمل جميع الورثة إذا تعلق الأمر بالميراث، أو أن أحد الشركاء تصرف في حصته الشائعة بأن باع حصة منها كما

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 589.

[2] – محمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 177.

لو كان الشريك يملك النصف في المال المشاع وقام ببيع الربع لشريك آخر فما لم يمارس الشركاء رخصتي الاسترداد أو الشفعة بعد اخطار الشريك البائع أو المشتري، يصبح المشتري شريكا في المال المشاع، وله الحق كسائر الشركاء في أن يطلب القسمة وأن يستوفي حقه من المال المشاع.

ومن الصور المنتشرة في الحياة العملية في ظهور شريك لاحق على القسمة، أن يكون للمورث أولاد من زوجة أخرى لا يعلم بوجودهم الورثة الشركاء المتقاسمين.

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني سيما تلك التي نظمت أحكام الملكية الشائعة إذا تمت القسمة ولم تشمل الشريك الذي تملك حصة شائعة من المال المشاع بعد نشوء الشيوع ولم تشمله القسمة، كانت القسمة معرضة للنقض والإعادة من جديد.

وذهب جانب من الفقه القانوني إلى أنه تنقض وتعاد من جديد إذا لم يكن مشتري حصة شائعة دون مشتري لجزء مفرز طرفا في القسمة، وله أن يطلب قسمة جديدة، وللشريك اللاحق أن يقبل بالقسمة ويجيزها، ويكون البائع في هذه الحالة ملزما بنقل ملكية مكا باعه إليه شائعا فيما اختص فيها وليس لأحد الاعتراض على ذلك، فلو تمت القسمة واختص الشريك البائع بنصف قطعة أرض فلاحية، وأجاز الشريك المشتري الذي يملك الربع القسمة، يلتزم البائع بنقل ملكية مقدار الربع مفرزا إلى الشريك الطارئ[1].

وهذا ما ذهب إليه القانون الأردني صراحة في نص المادة 1052 من القانون المدني بنصها:" تبطل القسمة إذا استحق المقسوم كله أو جزء شائع منه ويتعين حينئذ إعادة القسمة فيما بقي منه." فإذا استحق جزء شائع من المال المشاع فلا تعاد القسمة فيما بقي من المال بل تعاد القسمة وتبطل على كل المال على أساس أن المستحق شريك في المال المشاع وأحد المتقاسمين مالم يجز الشريك اللاحق القسمة[2].

أما إذا تعلق المستحق اللاحق بوارث لم تشمله القسمة، فلم يتطرق المشرع الجزائري صراحة لحكم هذه الحالة، تاركا حكم هذه المسألة للفقه الإسلامي الذي تباينت آرائه بالنظر إلى حكم القسمة وطبيعة المال المقسوم.

ذهب الحنفية إلى أنه إذا ظهر وارث بعقد القسمة فعلى القاضي نقض القسمة ، ليستأنفها بعد ذلك لتشمل جميع الشركاء بمن فيهم الشريك اللاحق، وتنقض القسمة حتى ولو قال الورثة أنهم يقضون حق الوارث من مالهم ما لم يقبل الوارث بذلك، لتعلق حق الوارث بعين التركة، وهذا على خلاف ما ذهب إليه بعض الحفية الذين يرون عدم نقض القسمة إذا كانت قضائية.

[1] – جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 49.

[2]– أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 256.

أما المالكية فيفرقون ببين حالة ما إذا كان المال المقسوم كالذهب أو مثليا كالمكيل والموزون والمعدود وبما إذا كان المال كالدار مثلا، فإن القسمة لا تنتقض إذا كان ذهب أو مقدر من القمح ويكون للشريك الطارئ أن يعود على كل شريك بما زاد عن حقه، أما عن الأخذ من الحاضر عن الغائب فيفرق المالكية بينما إذا كان الشركاء عالمين بالوارث أم لا، فإذا لم يكونوا عالمين بالشريك الطارئ لا يأخذ حقه من المليء عن المعدوم و لا حاضر عن الغائب، أما إذا كانوا عالمين بالشريك وتعمدوا تجاهل الشريك فالوارث يأخذ حقه من المليء عن المعدم والحاضر عن الغائب.

أما إذا كان المال المقسوم دارا مثلا فيجب نقض القسمة في حق الشرك الطارئ وذلك منعا للضرر الذي يلحق الوارث، إذ يتفرق حقه لو تتبع كل وارث وقد يقص كما لو كان أحد الشركاء معسرا.

نخلص في رأي الفقه الإسلامي أنه على خلاف الحنابلة والشافعية الذي لم يتطرقوا لحكم الحالة، عالج الحنفية والمالكية حكم ظهور شريك طارئ بع القسمة ورجح الحنفية نقض القسمة لتعلقها بعين التركة بينما يرى المالكية وجوب التفرقة بينما إذا كان المقسوم ذهبا مثلا أو من المثليات أين لا يشترط نقض القسمة ويكفي أن يرجع على كل وارث، وبين ما إذا كان المال المقسوم كالدار أين يجب نقض القسمة وإعادتها ويرى محمد عبد الرحمان الضويني أن أرجح الأقوال هو ما ذهب إليه الحنفية لوجوب إعادة القسمة في حق الوارث الطارئ[1].

ما تجب الإشارة له بالنسبة للوارث الطارئ وليصوغ له الطعن في القسمة وفقا للتشريع الجزائري، يجب أن تتوافر فيه الشروط المتطلبة لاستحقاقه في التركة، فبالإضافة لوجود الصلة التي تجيز الإرث، لا يجب أن يكون الوارث مرتدا أو يدين بغير الإسلام[2]، أو يكون قاتل المورث الذي كان سببا في استحقاق الإرث، كما يعد عدم الاستهلال مانع من موانع الإرث فما لم يولد الوارث حيا لا مجال لتوريثه، ويثبت عدم الاستهلال بشهادة طبية تثبت أن الوارث ولد ميتا[3].

تجدر إلى مسألة هامة وهو أن طوارئ القسمة هو ما يطرأ على القسمة بعد إجرائها وليس ما وجد أثناء القيام بها، وعلى خلاف ما يراه البعض وجود قاصر بين الورثة أثناء القسمة ليس طارئ بل واقعة قانونية كانت موجودة حين القسمة، وتبقى القسمة معرضة للطعن بالإبطال متى تمسك الشريك القاصر بنقص أهليته أثناء القسمة، فيمكن توقع وجود شريك لم تشمله القسمة، أو وصية تم اخفائها وظهرت بعد إجراء القسمة، أو أن الدائن لم يعلم بوفاة المدين ليطالب بسداد الدين قبل إجراء القسمة، أما بالنسبة

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص578.

[2] – ق.أ.ج المادة 138:" يمنع من الإرث اللعان والردة "

[3] – رحايبة عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بجامعة مولود معمري تيزي وزو، تمت مناقشتها في 2014، ص158.

للقاصر فالشركاء المتقاسمين يعلمون بوجود القاصر بينهم، فهم يدركون مسبقا أن القسمة قد تنقض لقصر الشريك[1].

نستخلص أن القسمة وإن استوفت شروطها وأركانها، قد يطرأ عليها ما يجيز نقضها، وبغض النظر عما إذا كانت القسمة اتفاقية أو قضائية تنقض القسمة لو ظهر دين أو موصى له أو شريك طارئ على القسمة، وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم يتطرق لحكم الحالة على الوجه المطلوب إلا أن الشريعة الإسلامية لم تبخل كعادتها في التفصيل في هذه المسائل الجزئية.

وعلى خلاف المشرع المصري الذي لم يجز نقض القسمة لظهور دين على الوارث وفقا لنص المادة 897 السالفة الذكر، ترك المشرع الجزائري حكم الحالة للشريعة الإسلامية، وسبب جواز نقض القسمة للأسباب السالفة الذكر هو أن القانون والشرع الإسلامي على حد سواء وضع الدين والوصية قبل الميراث، أما عن ظهور الشريك الطارئ فالشريعة الإسلامية من شيمها أنها تسعى دائما لتحقيق العدالة خاصة بين الشركاء المتقاسمين لذا حثت على نقض القسمة واستئنافها إذا كانت تتجاهل بعض الورثة لتشملهم جميعا.

---

[1] – عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق بجامعة الحاج لخضر باتنة، تمت مناقشتها في 2009، ص 223.

الباب الثاني : كيفية إجراء القسمة النهائية والآثار المترتبة عنها

الشيوع حالة معقدة من الملكية تحتدم فيها حقوق الشركاء على نفس العين الشائعة بينهم، مما يجعلها حال غير مرغوب فيها، كما تثير العديد من المشاكل من الناحية العملية خاصة في الجزائر، وذلك للجهل بالنصوص القانونية والشرعية التي تعطي للشريك الحق في طلب القسمة ما لم يوجد ما يمنعها.

ومن أسباب هذه المشاكل هو البقاء على الشيوع لمدة طويلة، هذه الحالة تسبب العديد من النزاعات نظرا لطبيعة الشيوع المعقدة التي تجيز لجميع الشركاء الحق في نفس المال، سيما في الشيوع الذي يكون مصدره الميراث والذي يشكل حاليا في الجزائر المصدر الأول للشيوع، وكانت الشريعة الاسلامية السباقة في معالجة هذه المسألة من التشريعات الوضعية، إذ حثت على تعجيل القسمة لتفادي الاحتدام والمشاحة التي تحدث بين الأفراد والتي غالبا ما يتم منحها طابع شخصيا.

ولاقتسام المال المشاع بين الشركاء لا بد من اتباع طريقة واتباع الاجراءات التي رسمها القانون، غير أن للقسمة عدة صور ، فتطول إجراءات القسمة وتأخذ وقتا يفرض على الشركاء إيجاد حل إلى حين تمام القسمة خاصة في الشيوع الّذي يتضمن مجموعة من الأموال ، وهي ما تسمى بالقسمة المؤقتة أو قسمة المهايأة، يتم بموجب هذه القسمة الانتفاع بالمال المشاع بين جميع الشركاء حسب الاتفاق وطبيعة المال.

ومتى كان ذلك ممكنا يقسم المال بين الشركاء عينا، إذ يأخذ كل شريك نصيب يساوي حصته الشائعة، وإذا استحالة القسمة يتم اللجوء إلى نوع آخر من القسمة، وهو ما يسمى بقسمة التصفية، هذا النظام الأخير الذي يغلب عليه الطابع الإجرائي إذ يتم تقويم المال وبيعه مزايدة ليتم اقتسام الثمن بين الشركاء حسب أسهمهم في المال.

غير أن القسمة وإن كانت حق مقرر للشريك إلا أنه ليس حق مطلق فقد يكتنف القسمة ما لا يجيز إجرائها رغم طلبها أو لوجوب توفر إجراءات قبل القيام بذلك، ويتمثل ذلك في بعض الصور التي رسمتها التشريعات كالاتفاق المسبق الذي يقضي بتأجيل إجراء القسمة، كما قد تقيد القسمة بضرورة الحصول على رخصة في المباني العمراني، وكذا مراعاة معايير عند قسمة الشيوع في الأراضي الفلاحية.

وبعد اقتسام المال تتحدد أنصبة الشركاء وينفرد كل شريك بجزء خاص به وتتحول هنا الملكية من ملكية شائعة إلى ملكية خاصة، وهنا تتكشف الأنصبة بعد ما كانت أسهم معنوية، أين يجب أن يضمن الشركاء لبعضهم البعض عدم التعرض لبعضهم البعض واستحقاقهم في الأجزاء الخاصة بهم لأسباب سابقة عن القسمة، خاصة في القسمة العينية.

الفصل الأول: كيفية إجراء قسمة المال المشاع

تختلف الصور التي حددها المشرع الجزائري على غرار التشريعات في قسمة المال المشاع، وذلك بحسب الشكل الأكثر ملائمة للشركاء، فإذا كانت التنفيذ الفوري للقسمة من شأنه أن يلحق خسارة بالمال المشاع، حق طلب القسمة مع البقاء على الشيوع للمحافظة على المال المشاع نشأ عنه حل وسط يرى غالبية الفقه أنه الحل لمشاكل الشيوع، ويتمثل في إجراء قسمة مؤقتة يطلق عليها قسمة المهايأة، فهي قسمة ولكنها تبقي الشركاء على الشيوع.

وإذا زال المانع الذي يهدد المال من الضياع، أو دامت المهايأة مدة تزيد عن خمسة عشر سنة تحولت إلى قسمة نهائية، وتختلف هذه الأخيرة بدورها بحسب طبيعة المهايأة، فلو كان المهايأة مكانية، فيمكن إجراء القسمة عينا، بدليل استفاء كل شريك حقه في المال كلية بحسب حصته في القسمة ولو كانت مؤقتة، فلن يثور إشكال في اقتسام المال عينا، أما إذا كانت القسمة زمانية، فقد يكون السبب هو صعوبة اقتسام المال من دون تلف أو ضياع، ففي هذه الحالة يتم تصفية المال ببيعه واقتسام ثمنه متبعين الإجراءات التي رسمها المشرع لتحقيق العدالة في القسمة بالنظر إلى السهم الذي يملكه كل شريك في المال المشاع.

المبحث الأول: الانتفاع بالمال المشاع السابق لإجراء القسمة النهائية

الشيوع طبيعة معقدة للملكية، لأن كل شريك في الشيوع هو مالك وبالتالي يخول لهم القانون السلطات الثلاث في الملك حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولكن الشريك في نفس الوقت لا يملك جزء محدد بل في حصة شائعة في كل المال المشاع، وقد يثير حق استغلال المال المشاع من قبل الشركاء مشكلة حول كيفية الاستغلال وعلى أي أساس يتم استغلال المال.

لدى تدخل المشرع الجزائري ورسم صورة من صور القسمة والتي بموجبها ينتفع كل شريك بالمال المشاع على القدر الذي يملكه في الشيوع، فهذا النوع من القسمة لا يقضي على الشيوع ولكنه يساعد على الانتفاع به، فالشركاء بالرغم من اتفاقهم على القسمة يبقوا على حالة الشيوع إلى حين القسمة التي تقضي على المال المشاع.

يطلق على هذا النوع من القسمة عدة تسميات فتسمى قسمة المهايأة أو القسمة المؤقتة، ويطلق عليها الفقه الإسلامي تسمية قسمة المنافع، أما المشرع الجزائري فعمد تسمية المهايأة، ولهذه الأخيرة تعريف في اللغة والاصطلاح.

المهايأة في اللغة: في الأمر تهيأ ويهيئ أي أخذ هيأته، وهيأ الأمر تهيئة أصلحه، والمهايأة من الهيأة أي الحالة الظاهرية، فهي مفاعلة من الهيأة والتهايؤ تفاعل منها، وهو التواضع على أمر والتراضي به.

والمهايأة كذلك بمعنى الإعداد والتجهيز، أي أن يهيأ الشخص للآخر ما وعده به، يقال هيأ الشيء لصاحبه أعده وجهزه وأصلحه له، وهي في اللغة أيضا تواضع الشريكان وتراضيا على أمر، ويقال تهايأ القوم تهايؤا من الهيئة، جعلوا لكل واحد هيأة معلومة، والمراد النوبة، فالمهايأة لها معنى المناوبة[1].

أما في الاصطلاح ونظرا لعدم تعرض المشرع الجزائري لتعريف قسمة المهايأة واكتفائه بشروطها وصورها، اجتهد كل من الفقه القانوني والفقه الإسلامي على إعطاء تعريفا أكثر شمولا لقسمة المهايأة.

ويقصد بالمهايأة القسمة التي ترد على منفعة العين وليس على العين في حذ ذاتها، ويستأثر بموجبها كل شريك في الشيوع بجزء معين يعادل حصته فيها على سبيل الانتفاع، وليتاح له حيازة مال مفرز ينفرد بإدارته فيستعمله أو يستغله أو يؤجره لغيره[2].

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص195.

[2] – أحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الاسلامي، دار الجامعة الجديدية للنشر، طبعة 2003، ص 278.

ولدى فقهاء القانون أعطى كل منهم تعريفا لها فعرفها البعض [1]على أنها تنظيم للانتفاع بالمال المشاع، فلا ينتهي به الشيوع، وعرفها البعض أنها اقتسام لمنافع الشيء دون ملكيته التي تبقى شائعة بينهم، فالمهايأة قسمة تمكن الشركاء من التخلص من مشاكل إدارة المال المشاع وما يحيط بها من صعوبات.

فهي تشترط مع القسمة النهائية في كونها قسمة يستأثر بها كل شريك بجزء مفرز لاستغلاله، وتتم على غرار القسمة النهائية باتفاق جميع الشركاء في حالة ما إذا اختلفوا في هذه القسمة رفع الأمر إلى القاضي، ولكن ما يميز المهايأة عن القسمة النهائية، أن قسمة المهايأة قسمة مؤقته وهي ترد على سبيل الانتفاع بالمال المشاع وليس على سبيل القضاء عليه، فيبقى المال على حالة الشيوع ما لم يتفق الشركاء على تحويل قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية.

ويختص بموجب قسمة المهايأة كل شريك بالمال المشاع لمدة زمنية يعادل حصته الشائعة، وهو ما يعرف بقسمة المهايأة الزمانية، أو أن يختص كل شريك بجزء مفرز يعادل حصته، وهو ما يعرف بقسمة المهايأة المكانية.

ولدى الفقه الإسلامي غالبية الفقه الإسلامي لا يعطي لها تعريفا ويكتفي بجوازها، وبعض من الفقه الاسلامي الآخر وضع لها تعريفا محددا، فالمهايأة لدى بعض الحنفية، قسمة للمنافع، وتسمى بقسمة المنفعة المشتركة.

ولدى بعض الحنفية أنها تراضي الشركاء بالانتفاع بجزء مفرز من المال المشاع أو كله لوقت معين بحسب حصة الشرك في الشيوع[2].

وذهب البعض الآخر من الحنفية إلى تعريفها بأنها المبادلة النفعية وليست إفراز من كل وجه، والبعض الآخر من الحنفية اعتبرها قسمة المنافع على التعاقب والتناوب.

وأعطى المالكية تعريفا أكثر دقة للمهايأة، فعرفها البعض من المالكية على أنها اختصاص كل شريك بمشترك فيه زمنا معينا من متحد ومتعدد[3]، ومفاد هذا التعريف أن الشريك في الشيوع يختص فيما عين له من المشاع للانتفاع به، سواء كان المقسوم متحدا كدار يسكنها أحدهم لمدة ثم يسكنها الآخر لنفس المدة، أو أن تكون متعددا كأن تتعلق الملكية الشائعة بعدة سكنات فيختص كل شريك بسكن معين لمدة محددة[4].

---

[1] – توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للنشر لسنة 1999، ص 239.

[2] – نفس المرجع ، ص 196.

[3] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4775.

[4] – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 182.

أما بالنسبة للشافعية فيتفق تعريفهم مع التعريف الذي أعطاه الحنفية للمهايأة واعتبروا أنها قسمة المنافع، وهو نفس الموقف الذي تبناه الزيدية والإباضية الذي يعتبرون المهايأة قسمة لمنافع الرقاب، أما عند الحنابلة فقسمة المهايأة هي أن تجعل العين في يد أحدهما شهرا أو عاما ونحوه بحسب ما يتراضى عليه الشركاء، وفي يد الآخر في بيت مثله.

وذهب البعض الآخر من الشافعية إلى انها القسمة التي تجعل العين في يد أحد الشركاء مدة وفي يد الآخر مثلها.

يتضح من خلال هذه التعاريف المتنوعة أن التعريف الذي منحه المالكية أكثر دقة من سائر التعاريف الأخرى، لأن تعريف المالكية جاء أكثر شمولية فتطرق لقسمة المهايأة بنوعيها الزمانية والمكانية.

غير أنه ما يؤخذ على المالكية في تعريفهم للمهايأة انهم لم يبينوا طريقة القسمة إذا قد لا يتفق الشركاء في اقتسام المال المشاع ما يدفع البعض للجوء إلى القضاء للمطالبة بقسمة المال المشاع مهايأة بينهم.

وما يؤخذ على التعريف الذي منحه بعض الفقه القانوني بأنها التنظيم بالانتفاع بالمال المشاع والتخلص من مشاكل الشيوع، أنه في بعض الحالات تكون قسمة المهايأة الحل الوحيد للانتفاع بالمال المشاع وليس طريقة لتنظيم الانتفاع سيما في الحالات التي يكون فيها المشاع متحدا كأن يكون قطعة أرضية واحدة مثلا فلا مجال للانتفاع بها سواء بقسمتها مهايأة بينهم، ثم فأن القول بأن المهايأة قسمة تنهي مشاكل الشيوع ليس على سبيل الإطلاق لأن قسمة المهايأة قسمة وقتية هدفها الانتفاع مع بقاء العين شائعة[1].

[1] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2009، ص 52.

المطلب الأول: قسمة المهايأة كحل احتياطي ومؤقت لقسمة المال المشاع (التهايؤ على المال المشاع قبل إجراء القسمة النهائية)

الشيوع صورة من صور الملكية يملك بموجبها الشريك حصة ممثلة في كسر حسابي، بالرغم من أن الشريك في الشيوع لا يملك كل المال لكنه يبقى مالكا، يخول له القانون التصرف في المال المشاع بشتى أنواع التصرف المسموح بها قانونا في حدود حصته الشائعة، وله أن يستعمل حصته الشائعة وأن يستغلها، ولكن التقاء الحقوق حول نفس الشيء من شأنه أن يخلق مشاكل عديدة، فحق الشريك في استعمال واستغلال المال الشماع هو حق للشريك الآخر حول نفس المال وهذه هي طبيعة الشيوع المعقدة.

لدى نظم المشرع الجزائري على غرار سائر التشريعات العربية قسمة المهايأة في القانون المدني، وقسمة المهايأة كما أسلفت الذكر هي قسمة على المنافع لا على الأعيان وما دامت وقتية الهدف من ورائها هو الانتفاع بالمال فهي تجري على صنف معين من الأموال دون غيرها.

الفرع الأول: مشروعية قسمة المهايأة

قد لا يتفق الشركاء على إنهاء حالة الشيوع ويتراضوا على الابقاء على الشيوع لمدة معينة، إلى حين إجراء القسمة النهائية، أو أن يبقى المال على الشيوع دون مبادرة من أحد الشركاء للمطالبة بقسمة المال المشاع اتفاقا أو قضاء، ولكن طيلة فترة الشيوع من حق كل شريك في الشيوع سواء كان شريكا أصليا أم طارئ أن ينتفع بالمال المشاع وفق نظام معين، ولما كان الشيوع أمرا غير مرغوب فيه نظرا لما يترتب عليه من مساوئ اجتماعية، واقتصادية، ما يترتب عنه متاعب وصعوبات فمن الطبيعي أن يلجأ الشركاء إلى قسمة المال المشاع مهايأة بينهم.

وبالرغم من هذه الضرورة في التهايؤ فإن المهايأة علاقتها بالشيوع هي علاقة احتمالية لا مصيرية، بمعنى لا يعني وجود الشركاء في حالة الشيوع أن يجب التهايؤ على المال بالتناوب عليه، فهذا الصنف من القسمة يختلف عن الحل الحتمي لمشاكل الشيوع الذي تمنحه القسمة النهائية، فضرورة اللجوء إلى المهايأة تتحقق تحت وجود ظروف تجعل من التشريعات بما فيها المشرع الجزائري مضطرا لمعالجتها كحل احتياطي، ومن بين الظروف التي لا تسمح في للجوء للقسمة النهائية ما يتعلق منها بالشيء الشائع كأن يكون غير قابل للتقسيم المادي، أو يستحيل استعماله مشاركة مع الغير، أو أن تكون

الظروف الاقتصادية غير ملائمة لبيعه بالممارسة أو بالمزاد بالنسبة للأموال التي لا تقبل القسمة المادية، ومن الظروف أيضا ما يتعلق بالشركاء بحد ذاتهم كأن يكون من بينهم من هو ناقص الأهلية، أو غائب، ما يجعل الشركاء يفضلون قسمة المال بينهم مهايأة على انتظار إجراءات القسمة النهائية.

ومن الأسباب التي لا تقل أهمية في اللجوء إلى قسمة المهايأة كحل احتياطي، هي رغبة المشرع في تنظيم استعمال المال المشاع واستغلاله بطريقة تمكن كل الشركاء من التمتع بهذا الاستغلال، وذلك بحسب حصة الشريك في الشيوع، كل هذه الأسباب دفعت بالمشرع الجزائري وغيره من التشريعات في وضع نظام قانوني لقسمة المهايأة[1].

أولا: مشروعية قسمة المهايأة في القانون

نظم المشرع الجزائري قسمة المهايأة في القانون المدني المواد من 733 إلى 736 ، إذ نص في المادة 733 على أنه:" يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال المشاع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء و لا يصح هذا الاتفاق لمة تزيد على خمس سنوات.

فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشر سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة المهايأة."

وبالتالي يكون المشرع الجزائري بهذا الصنف من القسمة قد أعطى الشركاء الحق في الانتفاع بالمال المشاع مهايأة بينهم، بالاستناد إلى حق كل شريك في الانتفاع بالشيء الشائع، والانتفاع لا يكون باقتسام المال مهايأة مكانية فقط بل يجوز أن يتناوب الشركاء على كل المال المشاع لمدة تتماشى وحصة الشريك في الشيوع وهذا ما تنص عليه المادة 734 من القانون المدني بنصها:" يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته."

[1] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 57.

كما ان الأصل أن قسمة المهايأة تتم باتفاق جميع الشركاء إلا أنه يجوز استثناء اللجوء إلى القضاء ليأمر بها[1].

كما نظم المشرع المصري بدوره قسمة المهايأة في المواد من 846 إلى 849 من القانون المدني إذ نص في المادة 846 على ما يلي: " في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال المشاع، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمس سنين. فإذا لم تشترط لها مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

وإذا دامت هذه القسمة خمس عشر سنة، انقلبت قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشر سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة المهايأة[2]."

وعلى غرار المشرع الجزائري لم يكتفي المشرع المصري بتنظيم قسمة المهايأة المكانية بل نظم كذلك أحكام قسمة المهايأة الزمانية إذ نص في المادة847 على أنه:" تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته[3]".

ونظم المشرع الليبي قسمة المهايأة في القانون المدني في المواد 850 وما بعدها، وتطرق للقسمة بنوعيها المكانية والزمانية[4]، وشأنه شأن سائر الفقه القانوني عرف الفقه الليبي قسمة المهايأة بأنها القسمة

---

[1] – ق.م.ج المادة 736 الفقرة الثانية:" فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للمحكمة أن تأمر بها إذا طلب منها ذلك أحد الشركاء، وبعد الاستعانة، إذا اقتضى الأمر ذلك ."

[2] – ق.م.م.

[3] – ق.م.م.

[4] – المادة 850 القانون المدني الليبي:" في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين، فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد"
نص المادة 851 من نفس القانون:" تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته." عن هذه النصوص القانونية أنظر إبراهيم أبوا النجا، المرجع السابق، ص 134.

المؤقتة التي تتم باتفاق الشركاء للانتفاع بالمال المشاع بينهم زمانا أو مكانا مع بقاء المال على حالة الشيوع[1].

ونظم المشرع الأردني بدوره قسمة المهايأة في التشريع الأردني، واعتبرها حل مؤقت إلى حين إيجاد حل جدري للشيوع ومشاكله، والمشرع الأردني وعلى خلاف التشريعات العربية اعتمد تسمية قسمة المهايأة الزمانية والمكانية في حين في سائر التشريعات نوعي قسمة المهايأة تستخلصا من خلال قراءة النصوص القانونية، إذ نص المشرع الأردني في نص المادة 1054 من القانون المدني على أنه:" المهايأة قسمة المنافع وقد تكون زمانية أو مكانية ففي الأولى يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال المشترك مدة تتناسب مع حصة كل منهم وفي الثانية ينتفع كل منهم بجزء معين من العين المشتركة."

كما اشترط المشرع الأردني وعلى خلاف التشريعات العربية تحديد مدة قسمة المهايأة الزمانية دون المكانية إذ نص في المادة 1055 فقرة أولى على أنه:" يجب تعيين المدة في المهايأة زمانا ولا يلزم في المهايأة مكانا." وحدد قانون تقسيم الأموال المشتركة الأردني رقم 48 لسنة 1953 مدة قسمة المهايأة الزمانية بخمس سنوات إذ نص في المادة 3 من نفس القانون على انه :" يجوز تأخير التقسيم لمدة لا تتجاوز خمس سنوات برضى الطرفين."

فالمشرع الأردني من خلال هذه النصوص خص قسمة المهايأة في نصوص القانون المدني ونصوص قانونية خاصة على خلاف التشريعات العربية التي تضمنت قسمة المهايأة في القانون المدني[2].

وتطرق القانون العراقي بدوره لقسمة المهايأة كحق للانتفاع بالمال المشاع، وعرج على بعض عقبات التي تتخلل قسمة المهايأة كالانتفاع بالمال دون علم الشركاء الذي يوجب دفع أجرة لهم[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 1063 من القانون المدني ينصها:" يجوز للشركاء أن ينتفعوا بالعين الشائعة جميعا.

ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته الشائعة، فإذا انتفع بالعين كلها في سكن أو مزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا إذن شركائه، وجب عليه لهم أجر المثل، على أنه إذا أجر العين الشائعة بأكثر من أجر المثل وجب عليه أن يعطي كل شريك حصته من الأجرة المسماة[4]."

وعلى خلاف التشريع الجزائري والمصري اللذان تطرقا لقسمة المهايأة في الأموال بوجه عام، أجاز المشرع العراقي صراحة المهايأة في المنقول، والذي يصوغ لمحكمة الصلح أن تأمر به في حالة عدم

[1] – إبراهيم أبوا النجا، المرجع السابق، ص 133.
[2] – وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص 108.
[3] – عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 813.
[4] – ق.م.ع.

اتفاق الشركاء إذ نص في المادة 1080 من القانون المدني على أنه:" إذا لم يتفق الشركاء على المهايأة في المنقول، ولم يطلب أحدهم إزالة الشيوع، فللشريك أن يطلب المهايأة مراجعة محكمة الصلح لإجرائها[1]."

ويقابل نصوص المواد من 846 إلى 849 من القانون المدني المصري، المواد من 800 إلى 803 من القانون المدني السوري والتي جاءت نصوصها مطابقة لنصوص القانون المدني المصري، ويقابل نصوص هذا الأخير في القانون العراقي المواد 1078 إلى 1079 من القانون المدني[2]، ولكنه لم يتطرق إلى الحالة التي تدوم فيها المهايأة مدة خمسة عشر سنة والتي تنقلب فيها المهايأة إلى قسمة نهائية، فلم يأخذ بالفقرة الثانية من المادة 846 من القانون المدني المصري.

وفي التشريع اللبناني تطرق قانون الموجبات والعقود اللبناني إلى قسمة المهايأة الزمانية دون المكانية، إذ نص في المادة 830 على أنه:" يجوز أن يتفق الشركاء على أن يتمتع كل منهم على انفراد بالشيء او بالحق المشترك على طريقة المناوبة.

وفي هذه الحالة يمكن كلا منهم أن يتصرف في حقه الخاص الذي يتمتع به سحابة [3] المدة المعينة لهذا التمتع، سواء أكان ببدل أم بلا بدل، ولا يلزمه حينئذ أن يقدم لشركائه حساب عما استوفاه.

غير أنه لا يستطيع أن يأتي أمرا من شأنه ان ينقص أو يمنع حقوق بقية الشركاء عندما تأتي نوبتهم في التمتع[4]."

نستخلص من النصوص السالفة الذكر أن كل التشريعات العربية وإن اختلفت بعض نصوصها في الصياغة وفي بعض الأحكام، إلى أنها كلها نهجت إلى الأخذ بقسمة المهايأة، و ذلك لمواجهة الظروف والعراقيل التي تحول دون إمكان إجراء القسمة النهائية، لأن الحيلولة دون تمكين الشركاء من الانتفاع بالمال المشاع إلى حين إجراء القسمة النهائية، فيه إجحاف في حقهم، كما أنه يتناقض وحق الشركاء في

---

[1] – ق.م.ع.

[2] – ق.م.ع.

[3] – سحابة مصطلح يطلع في بعض الحالات ليعبر على طيلة أو طوال أو خلال، كأن يقال سحابة اليوم أي طيلة اليوم، فيقصد بسحابة المدة أي طيلة المدة، عن هذا التعريف، انظر راتب أحمد قبيعة، المعجم العربي المتقن، دار الراتب الجامعية طبعة 2006، ص 288.

[4] – ق.م.ع.ل.

الملك[1] والذي يجيز لهم بمقتضى النصوص القانونية حق استعمال الشيء على اعتبار أن الشريك هو مالك[2].

فإذا لم يتيسر استعمال المال المشاع استعمالا مشتركا جاز للشركاء استعماله مهايأة بينهم، ويرى جانب من الفقه أن من الأسباب التي دفت التشريعات إلى تسمية المهايأة دون التسميات الأخرى أن الغاية الوحيدة من خلال هذا الصنف من القسمة هو تمكين الشركاء من الانتفاع لتفادي التشابك الذي قد يحدث لكل شريك من خلال تلاقي حقوقهم على نفس المال، كما أن المشرع الجزائري و وغير ه من التشريعات كالمشرع المصري نظم قسمة المهايأة كطريقة للانتفاع ضمن النصوص المتعلقة بانقضاء الشيوع، وهذا دلالة على رضاه على هذه التسمية، وكانه يهيئ الشركاء لاقتسام المال لحين القسمة النهائية[3].

إن هذا الرأي الأخير لا يؤخذ به على سبيل الإطلاق، لأن هناك صنف من القسمة (وسآتي على ذكره بالتفصيل) لا يمكنه أن يكون حالة لتمهيد الشركاء للقسمة النهائية وهي قسمة المهايأة الزمانية، لدى أدق تعريف لقسمة المهايأة هو كالآتي:" انتفاع كل شريك بالمال المشترك انتفاعا مؤقتا، وذلك

[1] – ق.م.ج المادة 674:" الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة."

[2] – اختلفت آراء الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية لحق الشريك في المال المشاع، فذهب رأي للقول بأن حق الشريك في المال المشاع هو حق شخصي، لأن حق الشرك يقع على حصة غير مفرزة أو غير محددة ماديا، فيقتصر الأمر على وجود حق شخصي يخول سلطة الحصول على منافع الشيء باقتسامها بنسبة حصته مع باقي الشركاء، أو الحصول على نصيب مفرز من خلال القسمة، ليتحول هذا الحق من حق شخصي إلى حق عيني، انتقد هذا الراي لأنه يتعارض مع ما اعطاه القانون لكل شريك من سلطات على الشيء الشائع، وذهب رأي للقول بأن المال المشاع ملكية مشتركة لمجموع الشركاء المشتاعين، باعتبارها وحدة قائمة بحذ ذاتها ومستقلة عن كيان وارادة الشركاء، وانتقد كذلك هذا القول لأن الحقوق لا تثبت إلا للأشخاص، كما أن القانون لا يعترف لهذا الكيان بالشخصية المعنوية والتي تشترط فيها مجموعة من الشروط، وعلى ثر هذا الانتقاد صنف بعض الفقه طبيعة حق الشريك في المال المشاع على أنه حق عيني من نوع خاص والذي يسمى بالملكية الشائعة، وهذا الرأي بدوره لقي انتقاد من الفقه لأنه لا يتفق والقانون الذي يمنح لصاحب الحق العيني الأصلي السلطات الثلاث، والقول بأنه حق عيني من نوع خاص لا يجعله مستثنى من هذه السلطات الثلاث، فإما أنه يملك السلطات الثلاث وهذا يتنافى واعتباره حق عيني من نوع خاص، وإما انه تقتطع منه احدى السلطات، ليثور التساؤل حول ملكية المال المشاع، وفي ظل كل هذه الخلافات، تدخل المشرع الجزائري وقطع كل خلاف في المادة 713 بنصها:" إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير متساوية، فهم شركاء على الشيوع..."، ويقابل هذا النص في التشريع المصري المادة 825 من القانون المدني، عن هذا الخلاف حول طبيعة حق الشريك في المال المشاع أنظر جمال خليل النشار، المرجع السابق، 35.

[3] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 41.

بالاختصاص بجزء مفرز منه بقدر نصيبه، وإما بكامله لفترة زمنية تعادل حصته عن طريق الاتفاق أو الجبر[1]."

وأجاز المشرع الفرنسي بدوره الانتفاع بالمال المشاع على أن ينتفع كل شريك بجزء محدد المقدار بالمال المشاع عينا، وفي حالة عدم إمكان ذلك عن طريق تصفية حق الانتفاع بالمال المشاع، وذلك ببيعه واقتسام ثمنه بين الشركاء سواء كان البيع رضائيا أو قضائيا[2]

وقد أطلق جانب من الفقه الفرنسي على هذا النوع من القسمة بالقسمة المزيفة أو القسمة الوهمية لأنها في حقيقتها لا تنهي الشيوع ويبقى الشركاء خلالها ملاك على الشيوع فتعتبر القسمة المؤقتة نظام للانتفاع بالمال المشاع وطريق ممهد لتصفية المال المشاع[3]، و وتتم هذه القسمة وديا أو عن طريق القضاء كما لو كان أحد الشركاء قاصر غير مرشد، وذلك لتتم القسمة صحيحة وترتب آثارها القانونية[4].

ما يلاحظ بالنسبة للتشريع الفرنسي أنه أخذ بقسمة المنافع المكانية ولكنه لم يجسد مبدأ التداول في القسمة الزمانية الذي أتى به الفقه الإسلامي، وفضل تصفية حق الانتفاع ببيعه واقتسام ثمنه، فالمشرع الفرنسي في غالب الحالات يفصل في الملكية بين ملكية الرقبة وملكية حق الانتفاع.

ويجب في قسمة المنافع أن تتم باتفاق كل الأطراف، وفي حالة اختلافهم يفصل القاضي في مسالة الانتفاع بالمال المشاع، فإذا انفرد شريك بعين شائعة واستغلها لوحده دون وجود اتفاق يقضي بذلك يكون مجبرا بدفع تعويض عن استغلال المال المشاع[5].

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 200.

[2] –Art. 817. c.civ.fr.:" Celui qui est en indivision pour la jouissance peut demander le partage de l'usufruit indivis par voie de cantonnement sur un bien ou, en cas d'impossibilité, par voie de licitation de l'usufruit. Lorsqu'elle apparaît seule protectrice de l'intérêt de tous les titulaires de droits sur le bien indivis, la licitation peut porter sur la pleine propriété."

[3] – PIERRE VOIRIN, GILLE GOUBEAUX, opt cite p 252.

[4] – Art. 411-1. c.civ.fr.:" Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte."

[5] – LOUIS BACH, droit civil, 13 édition DALLOZ 1999, p420.

ثانيا: مشروعية قسمة المهايأة في التشريع الاسلامي

حثنا التشريع الاسلامي الحنيف على قسمة المهايأة، واعتبرها من المسائل المشروعة التي تيسر للناس للحصول على مبتغاهم من المنافع، لأن حاجتهم إلى المنافع تزيد وتربوا على حاجتهم للأعيان، لذى يسر الاسلام وسهل أمور العباد بأن حثهم على التعاون على البر والتقوى قال الله تعالى "وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ" الآية 2 من سورة المائدة ومن المبادئ التي يقوم عليها الاسلام دفع الحرج والضيق في المنفعة، لأنه لو لم تشرع هذه المنافع لوقع الناس في ضيق وحرج وهذا لا يتماشى والقيم التي جاء بها ديننا الحنيف[1]، قال الله تعالى:" مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ۝٦"الآية6 من سورة المائدة.

1- أدلة مشروعية قسمة المهايأة في التشريع الإسلامي

لقد وردت أدلة كثير على مشروعية قسمة المهايأة في الشرع الإسلامي، وفي مقدمة هذه الأدلة القرآن التي وردت قسمة المنافع فيه في أكثر من موضع، وفي السنة النبوية الشريفة من خلال ما أقره النبي صلى الله عليه وسلم او ما قاله، وفي الإجماع أيضا من خلال معرفة موقف الفقه الإسلامي من هذا النوع من القسمة، وكذا المعقول للتمحيص من منطقية قسمة المهايأة على المنافع دون الأعيان.

أ- مشروعية قسمة المهايأة في القرآن

من الأدلة التي وردت في القرآن الكريم قول الله تعالى:" ۝٢٧ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ۖ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ۝٢٨ الآية 28 سورة القمر فالآية الكريمة دلت على جواز قسمة المهايأة على الماء، فقوم صالح عليه السلام جعلوا الماء مهايأة بينهم وبين الناقة على التناوب، فالآية دلت على اقتسام الانتفاع بالمال لأنها قسمة منافع لا قسمة الأصل[2].

وقوله تعالى" وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ۖ " بمعنى أخبرهم أن الماء قسمة بين آل ثمود وبين الناقة، يكون للقوم يوم للناقة تشرب منه، ويوم للقوم، وقال ابن عباس في هذا الصدد " إذا كان يوم شربهم لا تشرب الناقة من الماء شيئا وتسقيهم لبنا.

[1] حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 57.

[2] – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 182.

وروي أبو الزبير عن جابر قال لما نزلنا في مغزى رسول الله صلى الله عليه وسلم تبوك[1]، قال:" أيها الناس لا تسألوا في هذه الآيات، هؤلاء قوم صالح سألوا نبيهم أن يبعث الله لهم ناقة، فبعث عز وجل إليهم ناقة فكانت ترد من ذلك الفج فتشرب ماءهم يوم وردها ويحلبون منها مثل الذي كانوا يشربون يوم غبها." ويكون بهذا قد شرح النبي صلى الله عيه وسلم معنى الآية.

وجاء في التفسير الكبير ومفاتيح الغيب احتمال وقوع القسمة بين القوم وبين الناقة كان لعظم الناقة ولأنها كانت تفر منها حيوانات القوم لذلك جعل القوم يوم لهم ويوم للناقة، والاحتمال الثاني لورد القسمة بين القوم والناقة هو قلة الماء لذلك ولتمكين الانتفاع فيه وتوزيع النفع عليهم جعلوا الماء بينهم وبين الناقة بالتناوب، والاحتمال الثالث لورود القسمة بين القوم والناقة هو جعل المال قسمة يوم لقوم ويم لقوم، فكانت الناقة تشرب الماء بأسره، ونقصان الماء في اليوم الموالي يكون واردا على الكل[2].

ومن أدلة مشروعية قسمة المهايأة في القرآن الكريم قول الله تعالى:" ﴿١٥٤﴾ قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾ الآية 155 سورة الشعراء، دلت الآية الكريمة علة مشروعية القسمة بين قوم صالح والناقة بان لها شرب أي نصيب من الماء محل القسمة فلا يزاحموا الناقة في شربها، وروي أنهم قالوا نريد ناقة عشراء تخرج من هذه الصخرة فتلد سبقا، فأخذ صالح يفكر فقال له جبريل: صل ركعتين واسأل ربك الناقة، ففعل صالح عيه السلام فخرجت ونتجت سبقا مثلها في العضم وصدرها ستون ذراعا، فإذا شربت الماء في يوم شربته كله، وإن كان يوم مشرب القوم فلا تشرب فيه الماء، وجاء في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي في تفسير هذه الآية قال ابن عباس" أن القوم خاطبوا صالح وقالوا له إن كنت صادقا فادع الله يخرج لنا من هذا الجبل ناقة حمراء عشراء(أي مضى على حملها عشرة أشهر) فتضع ونحن ننظر، وترد هذا الماء وتشرب وتدر علينا لبنا"

وبعد دعا صالحا الله عز وجل استجاب له، فكانت الناقة إذا شربت الماء في يومها تشربه كله في أول النهار وتسقي القوم اللبن في آخره، وإذا كان اليوم مشرب للقوم لأنفسهم ومواشيهم وأرضهم ليس لهم في يومها أن يشربوا من شربها شيئا وهذا الاقتسام في الانتفاع بالمال هو تهايؤ على الماء.

وورد في صفوة البيان لمعني القرآن للشيخ حسنين مخلوف أن معنى" لها شرب ولكم شرب يوم معلوم" هو توزيع الأنصبة في المنافع دون الأصل، فيكون للناقة تصيب في يوم تشرب فيه ولا يشرب فيه القوم من الماء وتسقيهم لبنا في مقابل ذلك، ويكون للقوم نصيب في الماء ليوم لا تقربه الناقة.

---

[1] – تبوك آخر غزوات النبي صلى الله عليه وسلم كانت في السنة التاسعة للهجرة، أين اجتمعت قبائل من الروم لمواجهة المسلمين على حدود فلسطين فخرج إليهم الرسول صلى الله عليه وسلم على حدود الشام وأقام بها فصالحه اهلها، عن هذا التعريف أنظر كتاب عدة جلول محمد، تاريخ الإسلام العام، منشورات الألفية الثالثة، طبعة 2010، ص 41.

[2] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 57.

وجاء في جامع البيان لمعاني القرآن في تفسير الطبري لهذه الآية أن فقوم صالح سألوه آية يعملون بها صدقه، فأتاهم بناقة من صخرة أو هضبة، وخاطب صالح قومه بعد أن استجاب الله له وقال هذه ناقة يا قوم لها شرب ولكم مثله في يوم آخر[1].

ب- مشروعية قسمة المهايأة في السنة النبوية

وردت في السنة النبوية وقائع كثيرة تدل على مشروعية قسمة المهايأة، منها ما رواه ابن اسحاق في سيرته، عند الخروج لغزوة بدر، أن النبي صلى الله عليه وسلم ونظرا لقلة عدد البعير ولحكمته في توزيع ركوب الصحابة رضوان الله عليهم على البعير، قسم كل بعير بين ثلاثة نفر وذلك بأن يتناوبوا للركوب عليها، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلي ابن أبي طالب، ومرتد بن أبي مرثد يتعقبون بعيرا، وكان حمزة بن عبد المطلب وزيد بن حارثة، وأبو كبشة يتعقبون بعيرا وهكذا بالنسبة لباقي الصحابة إلى أن ينتفع جميع الصحابة ومن شارك في بدر من المسلمين.

وهذا التعاقب دليل على مشروعية قسمة المهايأة أو قسمة المنافع كما يسميها الفقه الإسلامي فلا سبيل لذلك إلا بتقسيم الامتطاء على البعير مساواة بين النفر[2]، لان عدد الإبل التي كانت لأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبعون بعيرا فكان السبيل الوحيد للانتفاع بها بتعقبها، وهذا التعاقب والتناوب على امتطاء دليل على مشروعية قسمة المهايأة لأنها لو لم تكن كذلك لما فعلها النبي صلى الله عليه وسلم، وما فعله الصحابة على هذا الاقتراح هو اقرار على فعلها، ولكن لما أقرها النبي صلى الله عليه وسلم من خلال فعله كان دليل على مشروعيتها.

ومن الأدلة التي وردت في السنة ما اخرجه البخاري عن سهل بن سعد من حديث طويل روى فيه عن رجل خطب امرأة كانت قد وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال له رسول الله انظر ولو خاتما من حديد فذهب الرجل ورجع فقال للنبي لا والله ولا خاتما من حديد[3]، فعرض الرجل إزاره مهرا للمرأة ولم يكن له سواه، فقال صلى الله عليه وسلم:" ما تصنع بإزارك؟ إن لبسته لم يكن عليها منه شيء، وإن لبسته لم يكن عليك شيء."

فيكون بقول النبي صلى اله عليه وسلم قد أشار إلى قسمة ما لا ينقسم دليل على جواز قسمة ما يمكن الانتفاع به على التهايؤ أي مناوبة.

---

[1] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 60.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، 202.

[3] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 64.

ج- مشروعية قسمة المهايأة في الإجماع

من خلال السنة التي وردت من لدن النبي صلى الله عليه وسلم قولية كانت أو فعلية إلى يومنا هذا، لم ينكر أحد من الفقع الإسلامي جواز قسمة المنافع جملة، وهذه المبايعة على ما قام به النبي صلى الله عليه وسلم او ما فعله إجماع متوارث من الفقهاء على شرعية قسمة المنافع، كما ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم البعير في غزوة بدر على النفر وكانوا يتعاقبون على ركوبه[1].

ح- مشروعية قسمة المهايأة في المعقول

إن الاعيان غنما خلقت للانتفاع بها، وكلما كان الملك مشتركا كان النفع بدوره مشتركا بين الشركاء في المال الشائع، وسواء كان المحل واحد او متعددا فلا يمكن ان ينتفع به شريك واحد، فلا بد من توزيع الانتفاع به في زمن محدد.

فكل مال مملوك على الشيوع يتعذر الانتفاع به في وقت واحد من قبل الشركاء كلهم، كانت الحاجة ضرورية للتهايؤ فيه بقسمة منافعه بين الشركاء وذلك بجمع المنافع لكل شريك في زمن واحد، كما أن القول بعد مشروعية منفعة العين يتنافى مع الحقوق التي تمكنها ملكية العين ، ولما كانت هذه الأخيرة مشتركة فمن المنطق تقسيم نفعا بين الملاك، لعدم تعطيل منافع الأعيان وتمكين الشركاء من الانتفاع بالمال[2].

2- الحكمة من مشروعية قسمة المهايأة في التشريع الإسلامي

إن الفقه الإسلامي كان أول من عرف قسمة المهايأة ،شرعت قسمة المهايأة دفعا للحاجة وإزالة الضرر، فالشيء المشترك كما أسلفت الذكر يتعذر الانتفاع به من الشركاء في وقت واحد، كما قد يحول دون إجراء القسمة النهائية ما يمنع أو يعطل إجرائها، لدا فكانت من الضرورة أن يقتسم المال المشاع مهايأة بين الأفراد لتسهيل أمورهم، وعدم تضيع منفعتهم بالمال.

فالمهايأة حل أمثل لهذا المشكل كما انها تمهيد للقسمة النهائية، خاصة قسمة المهايأة المكانية، فهي تعود الشركاء على الانتفاع بالمال كل بحسب حصته على الشيوع، وبالرغم من ان المهايأة لا تجوز بالقياس، إلا أنه ترك حكم جوازها للأدلة الثابتة التي سلف ذكرها، لأن المهايأة وفقا للقياس مبادلة للمنفعة بجنسها، فكل شريك ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع هذا الأخير بملكه، لأن انتفاع الشريك

[1] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 4774.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص203.

بالمال المشاع هو انتفاع بما يملك وبما لا يملك، فما يملكه الشريك هو حصته الشائعة وما يملكه هو حصص باقي الشركاء في الشيوع.

فالمهايأة مطلب شرعي وثابت بالأدلة، وعدم إجازته فيه تعطيل لمصالح العباد وإضرار بهم، وهذا ما يتنافى ومقاصد الشريعة الإسلامية السمحاء، لأن من أهدافها إزالة الضرر ورفع الحرج والتيسير على الناس، ومراعاة مصالحهم[1].

ثانيا: نطاق قسمة المهايأة

قسمة المهايأة هي قسمة منافع وليست قسمة أعيان، فتقسم المنفعة بين الشركاء حسب حصصهم الشائعة، ولكن المهايأة شرعت للانتفاع بالأموال التي يجوز التهايؤ عليها لا غير، فلا يجوز التهايؤ على الأموال ذات الطبيعة الاستهلاكية كالحبوب مثلا، فيجب تحديد الأموال التي يجوز التهايؤ عليها، ومن تم التطرق إلى طبيعة قسمة المهايأة على اختلاف الفقه وذلك ليتيسر تصنيفها، ومعرفة مدى الزاميتها بالنسبة للشركاء في الشيوع.

1- الأموال التي يجوز التهايؤ عليها

تتم المهايأة بالتراضي عيليها من الشركاء أو بطلبها قضائيا، وهدفها الانتفاع بالمال المشاع بين الشركاء حسب أسهم الشركاء، ويجوز التهايؤ على الأموال أيضا إذا لم يطلب أحد الشركاء إزالة الشيوع، أو أن إنهاء حالة الشيوع سيأخذ من الوقت بحيث يعطل مصالح الشركاء، خاصة في الأموال الشائعة المتعددة والمتشعبة الحصص، إذ تأخذ فيها تصفيتها مدة طويلة خاصة غذا طلب الخبير مدة طويلة لتقويم المال وتحديد الحصص ووضع معالم الحدود هذا إن كانت القسمة العينية ممكنة.

فيكون الانتفاع بالمال المشاع حل احتياطي وسريع إلى حين اقتسام المال نهائيا بين الشركاء، ولكن الانتفاع بالمال يكون على صنف من الأموال دون الأخرى.

ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى الموال التي يجوز التهايؤ عليها واكتفى في المادة 733 من القانون المدني على اختصاص كل شريك بجزء من المال يساوي الحصة الشائعة، أو بكل المال لمدة تناسب حصة الشريك وذلك في المادة 734، فكلة المال وردت عامة فكل ما يعتبر مال وفقا للنصوص القانونية يجوز التهايؤ عليه، وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة 846 السالفة الذكر.

---

[1] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 65.

أما المشرع العراقي فقد تطرق لبعض الأموال التي يجوز التهايؤ عليها من سكن أو أرض زراعية أو ايجار أو غيرها من المنافع [1]وذلك في المادة 1063 من القانون المدني بنصها:" يجوز للشركاء أن ينتفعوا بالعين الشائعة جميعا.

ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته الشائعة، فإذا انتفع بالعين كلها في سكن أو مزارعة أو ايجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا إذن شركائه، وجب عليه لهم أجر المثل، على أنه إذا أجر العين الشائعة بأكثر من أجر المثل وجب عليه أن يعطي كل شريك حصته من الأجرة المسماة[2]."

ولكن الفقه القانوني اجتهد وحدد بعض الأموال التي يجوز التهايؤ عليها، فذهب غالبية الفقه القانوني إلى عدم جواز القسمة في القيميات لإمكانية قسمتها نهائيا بين الشركاء فلا حاجة للتهايؤ عليها، كما أن الأموال الاستهلاكية لإمكان الانتفاع بها إلا باستهلاكها ومن شروط قسمة المهايأة الانتفاع بالمال دون أن يلحقه ضرر أو نقص ولما كان لا يبيل للانتفاع بالمال الاستهلاكي إلا باستهلاكه فذهب الفقه لمنع التهايؤ عليه.

أما بالنسبة للأموال القيمية فيجوز التهايؤ عليها، كأن يكون المال المشاع سيارة، فيتناوب الشركاء على الانتفاع بها، أو أن يكون المال مسكنا فينتفع به الشركاء أن ينفرد كل شريك بغرفة للانتفاع بها أو بالسكن كله لمدة تتناسب وحصة الشريك حسب الاتفاق، او ما يقضي به القاضي، ويستوي في المهايأة إذا تعدد المال أو كان السكن مثلا من عدة طوابق، فيحوز كل شريك على مسكن أو طابق، ويكون الانتفاع بالمال شخصيا أو بواسطة الغير، ولا يجوز للشركاء محاسبة شريكه على الغلة أو الثمار لأنه حر في إدارة الجزء الذي ينتفع به في نوبته[3].

أما في الفقه الإسلامي فقد سبق كعادته التشريعات القانونية المعاصرة في تنظيم أحكام قسمة المهايأة، وأعطى أمثلة تطبيقية على الأموال التي يجوز أن تكون محل قسمة المهايأة، فذهب الحنفية إلى أنه لو كان المال المشاع دار بين شريكين، جاز الاتفاق على أن يختص أحدهما بناحية، ويختص الآخر بالأخرى، أو أن يسكن الشريك في العلو، بينما الشريك الآخر يختص بالسفل، وغذا امتنع الشريك جاز للشريك الآخر ان يطلبها من القاضي لأنها على هذا الوجه جائزة[4].

ويرى كل من الحنفية والمالكية جواز إجارة السكن الذي في نوبة أحدهم وأن يستغل ما يديره عليه من إجارة، لأنها قسمة منافع فيجوز فيها استغلال المال، غير انه إذا كان التهايؤ بداية على الاستغلال

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 813.

[2] – ق.م.ع.

[3] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 215.

[4] – أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 193.

فيرى الحنفية انه إذا زادت الغلة في نوبة أحدهما يشاركه الشريك الآخر في الزيادة ليتحقق لتعديل بينهما، وهذا على خلاف ما إذا كان التهايؤ بداية على الانتفاع ثم قام احدهما بإجارة السكن وأدار عليه غلة زائدة على شريكه فلا يجب عليه ان يقتسم الزيادة مع شريكه لأن هدفه الأول هو الانتفاع وليس الاستخدام.

ويجوز التهايؤ على الدارين إذا كانت مملوكة على الشيوع على ان ينتفع حد الشركاء بدار و الشريك الآخر بالدار الأخرى، وأجاز الحنفية التهايؤ على الاستغلال فيها بداية كأن ينفرد كل شريك بدر ويؤجرها ويستأثر بغلتها وإذا زادت غلة احدهما على الآخر فلا يتشاركان الزيادة لاتحاد زمان الاستفاء يقول الحنفية.

لأنه في إجارة الدار عند التهايؤ بداية كن المحتمل أن تزيد الغلة في نوبة احدهم وتقل في توبة الآخر بسبب تذبذب الأسعار عبر الزمن، أما في التهايؤ بداية بالاستغلال على الدارين فوقت الاستفاء واحد، وعند المالكية لا تجوز المهايأة على الاستغلال في الدور والدواب لاحتمال الغرر فيها، فقد تدير غلة في نوبة أحد الشركاء، ولا تدير كذلك في نوبة الآخر.

وأجاز الفقه الاسلامي التهايؤ على الدواب على الاستعمال والاستغلال، ويرى الحنفية أن إذا تراضى الشركاء على الانتفاع الدواب كالإبل فرادة كانت أو تعدد فيجوز ذلك، أما إذا تنازع الشركاء فلا يجوز إجبارهم على التهايؤ في الدواب وهذا ما ذهب إليه المالكية، ولا يجوز أيضا إجبار الشركاء على التهايؤ على الاستغلال بداية كأن تستخدم الدواب للاستغلال على أن ينكون الغلة لكل منهما مدة معلومة.

ويجيز الفقه الاسلامي التهايؤ على الأرض الزراعية بأن يأخذ أحد الشريكين نصف الأرض ويأخذ الآخر نصفها، أو ان يأخذها كل أحدهم كلها لمدة معينة، وذهب كل من المالكية والإباضية إلى عدم جواز قسمة المهايأة سنين، لاختلاف الغلة التي قد تديرها طيلة هذه المدة، من حيث الوجود او الغلة او الجودة، وذلك قياس على ما ورد على النبي صلى الله عليه وسلم عندما نهى على بيع السنين وهو بيع الشيء أعواما، والقسمة كالبيع لأن فيها مبادة، فلا يجوز فيها طول المدة.

وحدد الفقه الإسلامي مجموعة من الأموال التي لا يجوز التهايؤ عليها لاحتمال ورود التفاوت فيها، فلا يجوز التهايؤ على الثمر واللبن الذي يديره الدواب أو الغنم والبقر لأن المهايأة عقد بقسمة المنافع، والثمر واللبن من أعيان المال فلا تجوز الانتفاع فيها.

ويرى الحفية أن ال تفاوت في البن الذي تديره الدواب في نوبة أحدهم هو تفاوت ربوي، ويضعون حيلة لجواز التهايؤ على الأبان والثمار مفادها ان يشتري أحد الشركاء حصته من الأخر وينتفع بالألبان والثمار كأن يشتري حصة الشريك في الدواب أو في الشجر وينتفع بلبنها وثمارها لأنه في هذه الحالة مالك للمال، أو ان ينتفع كل شريك باللبن أو الثمر من الشجر على سبيل الاستقراض، على أن ينتفع

أحد الشركاء بالشجر أو الإبل لمدة معلومة، وينتفع الشريك الآخر بهذه الأموال بنفس المدة، ولكن يشترط ان يتم قياس اللبن او يتم وزن الغلة لتحقيق المساواة لأن المنفعة كانت على سبيل الاستقراض ويجب ردها كاملة.

والأصل عند المالكية أنه لا يجوز التهايؤ في الأبان والثمار إلا أن المالكية بحيلة الفضل والمعروف فيرون جواز ذلك عن طريق الفضل، فتخرج القسمة من باب المعاوضات وتدخل باب المعروف، كأن تقسم الأشجار أو الدواب متقاربة الغلة، ويترك كل شريك للآخر فضلا بغير معنى القسمة.

أما الحيلة عند الشافعية والحنابلة، فهي ان يبيح كل شريك ويتنازل لشريكه على الغلة التي تقع في نوبته[1].

2- تكييف قسمة المهايأة وصفتها

قسمة المهايأة ليست قسمة بالمعنى الحرفي، فهي وسيلة لتنظيم الانتفاع بالمال المشاع، ولتوضيح معالم هذا النوع من القسمة لا بد من التطرق إلى الطبيعة القانونية لهذا النوع من القسمة وتكييفها بالنظر إلى أصناف العقود، م التطرق إلى صفة هذه القسمة للتعرف على مدى الزامية قسمة المهايأة من عدمها.

أ- التكييف القانوني لقسمة المهايأة

تعمل قسمة المهايأة على ان يستأثر كل شريك في الشيوع بجزء أو كل المال المشاع للانتفاع به، فهي قسمة وقتية، وحل احتياطي إلى حين قسمة المال عينا، فالمهايأة قسمة منافع لا أعيان، ففي حقيقته هي مقايضة الانتفاع بالانتفاع، سواء كان ذلك بمعيار مكاني أو زماني[2].

فبالمهايأة المكانية ينتفع كل شريك بجزء مفرز يعادل حصته الشائعة، متنازلا لسائر الشركاء على الانتفاع بباقي الأجزاء، وهو ما نستخلصه من المادة 733 من القانون المدني الجزائري، ويقابلها في التشريعات العربية، المواد 1/846 من القانون المدني المصري،850 من القانون المدني الليبي، والمادة 1054 من القانون الأردني، والمادة 1063 من القانون المدني العراقي، والمادة 800 من القانون المدني السوري[3].

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 213.
[2]– رحابي عبد المجيد، المرجع السابق، ص 107
[3] – ق.م.س

أما في المهايأة الزمانية، فهي تناوب الشركاء على المال المشاع على سبيل الانتفاع، وينتفع الشريك بالمال المشاع بأكمله لمدة معينة، فينتفع بحصته في المال المشاع وبحصص باقي الشركاء، وفي مقابل ذلك يتنازل على حقه في الانتفاع بحصته عندما تقع المهايأة في نوبة الشريك الآخر، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 734 من القانون المدني، ويقابلها في التشريعات العربية المواد 847 من القانون المدني المصري والمادة 1054 من القانون المدني الأردني، والمادة 1063 من القانون المدني العراقي.

فالمهايأة على هذا النحو عبارة على مقايضة المنفعة بالمنفعة، وهذه المقايضة تعتبر إيجار، إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة عبارة عن بدل نقدي، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في المادة735 من القانون المدني بنصها:" تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات، لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة." فالشريك هو مستأجر للمال المشاع والشريك الآخر يعد مؤجرا له وهذا ما أيدته محكمة النقض المصرية في قرار لها رقم 1030 مؤرخ في 1989/12/06، وأكدت على أنه "يعتبر الشريك في قسمة المهايأة مؤجرا لمنفعة حصته، ومستأجرا لمنفعة حصص باقي الشركاء، وتطبق بشأنها القواعد الخاصة بالإيجار"، فتطبق أحكام عقد الايجار طالما أنها تتفق وطبيعة قسمة المهايأة ويقابل هذا النص في التشريعات العربية المادة 848 من القانون المدني المصري، والمادة 802 من القانون المدني السوري[1] والمادة 1089 من االقانون المدني العراقي، وهو ما اخذ به المشرع الكويتي أيضا في المادة 836 من القانون المدني[2].

وفي الفقه الاسلامي اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لقسمة المهايأة بل واختلف الفقهاء حتى ضمن المذهب الواحد، فذهب بعض الحنفية إلى أنه إذا كانت قسمة المهايأة مكانية فهي افراز ولهذا لا يشترط فيها عنصر الزمن، أما في القسمة الزمانية فهي مبادلة فالإفراز يتحقق في المكان دون الزمان.

وذهب بعض الحنفية إلى انه إذا جرت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة وكانت متساوية أو متفاوتة تفاوت يسير فهي افراز، فهي إفراز، وإذا جرت في أموال ذات الجنس الواحد كالدار مثلا فتعتبر مبادلة، ونصت مجلت الأحكام العدلية في هذا الصدد في مادتها 1178 على أنه:" المهايأة زمانا نوع مبادلة، فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبالة بمنفعة حصة الأخر في نوبته، بناء على ذلك ذكر المدة وتعيينها في المهايأة مثلا كذا يوم وكذا شهر لازم." ونصت المادة 1189 من نفس المجلة:" المهايأة مكانا نوع إفراز، فالشريكان في دار مثلا منفعتها شائعة يعني كونها شاملة لكل جزء من

---

1 – ق.م.س.

2 – محمود عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 220.

أجزائها تجمع منفعة أحدهما في قطعة من تلك الدار، ومنفعة الآخر في قطعة أخرى، فلا يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهايأة مكانا."

وعند المالكية المهايأة كالإجارة، وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 735 من القانون المدني وكذا سائر التشريعات العربية في النصوص السالفة الذكر، فالمالكية يشبهون المهايأة بالإيجار أما الإباضية اعتبروها إجارة مطلقا.

أما المهايأة عند الشافعية فهم يخضعون بعض من أحكام عقد الايجار على المهايأة، فتسري بعض أحكام عقد الإيجار على قسمة المهايأة دون الأحكام الأخرى، أما عند الحنابلة والإمامية هي معاوضة بين الشركاء، أما الزيدية اعتبروا المهايأة بيع[1].

ب- صفة قسمة المهايأة

قسمة المهايأة وفقا للتشريع الجزائري تخضع لأحكام عقد الإيجار، وهو الموقف الذي تبنته التشريعات العربية في النصوص السالفة الذكر، وبناء على ذلك يرى الفقه القانوني أنها من العقود الملزمة لجانبين، فلا يجوز لأحد العدول عنها، ويبقى ساريا المفعول إلى غاية انتهاء المدة المتفق عليها، ما لم يتفق الشركاء مجتمعين على فسخها[2].

ولا يجوز بمقتضى قسمة المهايأة أن يطالب أحد الشركاء طول مدة التهايؤ بقسمة المال المشاع عينا، لان تلبية الطلب فيه تناقض وأحكام قسمة المهايأة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 722 من القانون المدني في فقرتها الأولى بنصها:" لكل شريك أن يطالب بقسمة المال المشاع، ما لم يكن مجبرا على البقاء على الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق.[3]"

وفي الفقه الإسلامي اختلف الفقهاء حول لزوم قسمة المهايأة من عدمه، فذهب الحنفية إلى أن قسمة المهايأة زمانية كانت أم مكانية غير لازمة، فلو طلبها أحد الشركاء من القاضي وطلبا لشريك الآخر قسمة المال عينا، فعلى القاضي أن يستجيب لطلب الشريك الثاني، لحل مشاكل الشيوع من خلال إزالته، لأن قسمة الأعيان تجمع المنافع على الدوام، بينما قسمة المنافع تجمع المنفعة على التناوب، ونصت في هذا الصدد مجلة الأحكام العدلية في مادتها 1082 على أنه:" إذا طلب أحد أصحاب المال

---

[1] - حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 82.

[2] - حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، لسنة 2011، ص13.

[3] - ويقابل هذا النص في التشريع المصري المادة 834 من القانون المدني فقرة أولى:" لكل شريك أن يطالب بقسمة المال المشاع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق." ق.م.م.

المشترك القابل للقسمة وطلب الآخر المهايأة تقبل دعوى القسمة، وإذا طلب أحدهما المهايأة دون أن يطلب أي واحد منهما القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهايأة."

كما أن المهايأة عقد قابل للفسخ كسائر العقود، يفسخ ولو بغير عذر على خلاف الإجارة، أما المهايأة بالتقاضي فهي عقد لازم وفقا لبعض الفقه فلا يجوز لأي شريك أن ينقضها بدون عذر.

وقال الشافعية في هذا الصدد أنها غير لازمة ومتى رجع عنها أحد الشركاء انقضت، فالمهايأة عندهم معاوضة كالبيع ولا يجبر عليها أحد من الشركاء، وبهذا الرأي أيضا قال الحنابلة، غير أن الشافعية والحنابلة يوافقون الحنفية في مسألة وهي انه لو طلب أحد الشركاء أثناء قسمة المهايأة قسمة المال عينا، انقضت المهايأة واستجيب لطلب قسمة الأعيان.

أما المالكية فالمهايأة عندهم كالإجارة فهي عقد لازم لا يجوز فسخة، فإذا انعقدت صحيحة و تفسخ إلا برضا جميع الشركاء، ويجب وفقا لرأي فقهاء السادة المالكية تعيين الزمن واللزوم سواء أكان المال واحدا أو متعددا، وإذا لم يتم تعيينهما في المال الواحد فسدت قسمة المهايأة باتفاق جميع فقهاء المالكية، اما إذا لم يعين الزمن واللزوم في المال المتعدد، فذهب البعض أمثال ابن حاجب بالقول بصحتها وإن كانت غير لازمة، وذهب البعض الآخر أمثال ابن عرفة بفسادها[1].

نخلص من هذه الفرع من الأطروحة إلى أن المهايأة قسمة أجازها التشريع الجزائري شأنه شأن سائر التشريعات العربية وحتى التشريع الفرنسي، وكانت الشريعة الإسلامية السباقة في تنظيم المهايأة على غيرها من التشريعات.

أخضع التشريع الجزائري على غرار التشريعات العربية المهايأة لأحكام عقد الإيجار فتنطبق عليه جميع الأحكام المتعلقة بعقد الإيجار إلا ما خالف منها قسمة المهايأة.

[1] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 218.

الفرع الثاني: صور القسمة التي ينتفع فيها بالمال المشاع

من خلال استقراء نصوص القانون المدني للمواد من 733 إلى 736، وبعد الاطلاع على تعليقات الشراح حول قسمة المهايأة نجد أن لقسمة المهايأة عدة صور تختلف باختلاف المعيار، فقد تكون القسمة مكانية بأن ينفرد كل شريك بجزء من المال المشاع ، وقد تكون القسمة زمانية بأن يستأثر الشريك بكل المال المشاع لمدة معينة، كما أن الأصل في المهايأة انها تتم باتفاق جميع الشركاء على الانتفاع بالمال الماع بالطريقة التي يرونها مناسبة، أما الاستثناء هو اللجوء إلى القضاء ليأمر بها إذا رفضها البعض ولم يطلب انهاء حالة الشيوع.

أولا: قسمة المهايأة من حيث المكان والزمان

تتم قسمة المهايأة من حيث الزمان والمكان بأن ينتفع كل شريك في المال المشاع بجزء من الشيوع أو بكل المال المشاع لمدة معينة، ولكن قسمة المهايأة المكانية تختلف عن المهايأة المكانية من حيث شروطها، وكيفية الانتفاع.

أ- قسمة المهايأة المكانية

تطرق المشرع الجزائري إلى قسمة النهايأة في المادة733 من القانون المدني إذ نص على أنه :" يتفق الشركاء في قسمة المهايأة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال المشاع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء و لا يصح هذا الاتفاق لمة تزيد على خمس سنوات.

فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

وإذا حاز الشريك على الشيوع جزء مفرزا من المال الشائع مدة خمسة عشر سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة المهايأة."

فالمشرع الجزائري لم يذكر صراحة قسمة المهايأة المكانية، بل يمكن استخلاصها من معاني العبارات، ويمكن تعريف قسمة المهايأة المكانية بأنها قسمة يتفق بموجبها الشركاء في المال المشاع على

أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يعادل حصته الشائعة في الشيوع، ويتنازل في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء.

وتعرف كذلك أنها تبادل لمنافع المال المشترك، بقسمة مؤقتة، فهي من قبيل الإفراز لأن كل شريك في الشيوع يستقل بجزء مفرز من المال المشاع، ويستقل بإدارته والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره، وذلك من دون أن يتقاضى منه سائر الشركاء مقابل على ذلك، لأنهم يستقلون بدورهم بأجزاء تعادل حصصهم ويشرفون على إدارتها.

ومن أمثلة المهايأة المكانية أن تتعلق الملكية الشائعة بقطعة أرض زراعية يملكها ثلاث شركاء على الشيوع، فيستأثر كل شريك في المال المشاع بجزء مفرز يعادل حصته، فلو كان لكل من الشركاء الثلث، تقسم الأرض إلى ثلاثة أجزاء بالتساوي وينتفع كل شريك بالجزء الخاص به طول المدة المتفق عليها، أو أن تتعلق الملكية الشائعة بعدة محلات تجارية فيقتسمها الشركاء كل شريك بحسب حصته على سبيل الانتفاع، ويتولى كل شريك إدارة الجزء الذي يحوزه ويستغله.

ويقابل نص المادة 733 في القانون الجزائري، نص المادة 846 من القانون المدني المصري ونص المادة 850 من القانون المدني الليبي والمادة 1054 من القانون المدني الأردني والمادة 1063 من القانون المدني العراقي السالفة الذكر والمادة 1078 ونفس القانون المطابقة لنص المادة 847 من القانون المدني المصري، والمادة 800 من القانون المدني السوري، بالرغم من اختلاف بعض الصياغات للنصوص القانونية إلا انها تجيز كلها الانتفاع بالمال عن طريق قسمته مكانا، عدا المشرع اللبناني الذي تطرق في القانون المدني للمهايأة الزمانية دون المكانية.

وقد حدد المشرع الجزائري على غرار سائر التشريعات العربية المهايأة المكانية بمدة محددة على ان لا تزيد عن خمس سنوات وذلك في الفقرة الأولى من المادة 733 من القانون المدني السالفة الذكر، وإذا ما اتفق الشركاء على مدة تزيد عن خمس سنوات كان باطلا فيما ما زاد عن المدة القانونية، ولا يبطل العقد خلالا المدة القانونية، وذلك بالرجوع إلى القواعد العامة[1]، فإذا كان شق من قسمة المهايأة باطل أو قابل للإبطال، فهذ الشق وحده الذي يبطل، إلا إذا تبين أن هذا العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي أبطل فيبطل العقد كله[2].

[1] – ق.م.ج المادة104:" إذا كان العقد في شق منه باطل أو قابل للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله." ويقابل هذا النص في التشريع المصري المادة 143 من القانون المدني.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 248.

وإذا انتهت المدة السابقة جاز للشركاء أن يتفقوا على التهايؤ مكانا مرة أخرى على أن لا تتجاوز المدة خمس سنوات، أما إذا اتفق الشركاء على التهايؤ دون تحديد مدة معينة أو انتهت المدة المتفق عليها، ولم يحصل اتفق جديد تكون مدة المهايأة سنة واحدة، قابلة للتجديد، إلا إذا أعلن الشريك شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب بالتجديد.

وهذه المدة القانونية أخذ بها كل من المشرع المصري والليبي والسوري والعراقي في النصوص السالفة الذكر، أما المشرع الأردني فلم يشترط المدة تماما في قسمة المهايأة المكانية لتأثره بالفقه الإسلامي.

والهدف من تحديد المدة في قسمة المهايأة هو عدم إجبار الشركاء على الاستمرار في الشيوع، وتمكينهم المطالبة بقسمة المال المشاع عينا، لأن الشيوع كما أسلفت الذكر وضعية غير مرغوب فيها نظرا لكثرة المشاكل التي يثيرها الشيوع، كما ان المهايأة حل مؤقت واحتياطي إلى حين إزالة الشيوع.

وإذا استمرت المهايأة لمدة خمسة عشر سنة انقلبت المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، وذلك استنادا للفقرة الثانية من المادة 733 من القانون المدني السالفة الذكر وهو ما أخذت به جل التشريعات العربية ما عدا المشرع العراقي والأردني، ولا يبقى للشركاء إلا استكمال الإجراءات الشكلية التي يطلبها القانون كما لو تعلق الأمر بعقار والذي يجب أن يتم إفراغه في الشكل الرسمي، وإشهاره بالمحافظة العقارية.

فالأصل أن قسمة المهايأة أنها مؤقتة، ولكنها في طبيعتها إفراز، لأنه بمقتضاها يحوز كل شريك على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة، ورضاهم على هذا النوع من القسمة بمثابة رضا واطمئنان على القسمة النهائية .

فالمشرع الجزائري بالفقرة الثانية والثالثة من المادة 733 من القانون المدني وضع أحكام بالغة الأهمية في قسمة المال المشاع، فجعل استمرار الشركاء على التهايؤ مكانا لمدة خمسة عشر سنة سببا لتحول القسمة من قسمة مؤقتة إلى قسمة نهائية، وهي مسألة منطقية لأن الشركاء وصلوا إلى القسمة بالتجربة واطمئنوا إلى نتائجها، وهذا النوع من القسمة أفضل طريقة لإنهاء الشيوع، وإذا كان رغبة الشركاء الوحيدة طيلة مدة خمسة عشر سنة في الانتفاع بالمال فقط، كان عليهم أن يتفقوا مقدما على أن المهايأة تضل قسمة مؤقتة ولا تتحول إلى قسمة نهائية، ونظرا لصعوبة إثبات الشريك الحائز لجزء مفرز من المال المشاع قسمة المهايأة إذا استمرت مدة خمسة عشر سنة، اعتبر المشرع الجزائري أن حيازته للجزء المفرز طيلة هذه المدة قرينة على أساس أن قسمة المهايأة سبق برامها بين الشركاء، غير أن هذا الافتراض نسبي وليس قطعي فالقرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، و هذا ما يستخلص من الفقرة الأخيرة من المادة

733 من القانون المدني، وهذه القرينة لا تتناول إلا الأجزاء المفرزة التي حازها الشركاء فلو تضمنت الملكية الشائعة أموال أخرى لم تكن محل حيازة، فتظل على حالة الشيوع إلى حين القسمة النهائية[1].

إن المهايأة المكانية الاتفاقية هي إفراز للمال من أجل الانتفاع، كما وضع لها المشرع الجزائري قاعدة مفادها أنها إذا استمرت خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية، وبما أنه وفقا للمادة 15 و16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 /1975/11 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري أن كل حق ملكية و كل حق عيني آخر متعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ نشره في مجموعة البطاقات العقارية، فإذا كانت المهايأة المكانية متعلقة بعقار ودامت طيلة المدة القانونية، فلابد من شهرها بالمحافظة العقارية ليكون لها أثر في مواجهة الغير[2].

وهذا الموقف تبناه المشرع المصري شأنه شأن سائر التشريعات العربية كالمشرع الليبي، والمشرع السوري، أما المشرع العراقي فلم يتضمن الحالة التي تنقلب فيها المهايأة إلى قسمة نهائية، واشترط المشرع المصري على غرار نظيره الجزائري تسجيل القسمة إذا تعلق المال المشاع بعقار[3].

أما المشرع الأردني فلم يشترط المدة في المهايأة المكانية، ولم يضع القاعدة التي تحول المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية والعبرة في ذلك هو الواقع الاجتماعي، الذي أثبت تنازل بعض الشركاء على حقوقهم في الجزء المفرز في المهايأة المكانية، في مقابل استئثار بعض أو أحد الشركاء بالجزء الأكبر أو بجزء يزيد عن حصته في المال المشاع، فمن العدالة وفقا لبعض الفقه أن لا تنقلب مثل هذه المهايأة إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، كما أنه ومن الناحية القانونية الأصل في القسمة أنها تكون باتفاق الشركاء والقول بمرور هذه المدة للتحول إلى قسمة نهائية، يكون تقرير بالنيابة عن الشركاء، بالتالي لا تسري على هذا النوع من القسمة أحكام القسمة الرضائية[4].

نستخلص من موقف المشرع الأردني مسألتين هامتين، وهي من الأدلة على تأثره الشديد بأحكام الشريعة الاسلامية وهي:

1- احترام لمبدأ العدالة في القسمة لم يجز القانون الأردني تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية، وذلك لاعتبارات اجتماعية التي تجعل المحاباة سبب في عدم عدالة القسمة، وهو ما قرره الفقه الإسلامي الذي حرص على العدل بين الشركاء بالنظر إلى حصصهم الشائعة.

---

[1] - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 818.

[2] - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 237.

[3] - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 251.

[4] - وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص 113.

2- من المسائل التي أولى لها اعتبار المشرع الأردني وعلى غرار التشريع الإسلامي هو احترام رغبة الشركاء في انهاء حالة الشيوع، لأن القول بانقلاب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، هو تقرير بالنيابة على الشركاء، والأصل هو احترام الإرادة في القسمة وليس فرضها.

تجب الاشارة إلى مسالة هامة وهي أن المشرع الجزائري حينما أجاز للشريك المتقاسم في المنافع أن يعلن لباقي شركائه بمدة ثلاثة أشهر قبل انتهاء السنة الجارية وفقا لنص المادة 733 من القانون المدني، لم يحدد شكلا خاصا بهذا الإخطار، فقد يكون بشكل إنذار رسمي عن طريق المحضر القضائي كونه الشخص المؤهل لهذا النوع من الإجراءات[1]، أو قد يكون خطابا، ويقع على الشريك عبء إثبات الإعلان خلال المدة القانونية، حتى لا تمدد القسمة سنة أخرى، كما أن الإخطار حينما حدده المشرع بمدة ثلاثة أشهر لا يمنع الشريك الذي لا يرغب في التجديد أن يبلغ الشركاء بمدة تزيد عن ثلاثة أشهر كأن يبلغهم بمدة ستة أشهر قبل انتهاء السنة الجارية، أما إذا بلغهم في مدة تقل عن ثلاثة أشهر فيكون تبليغه عديم الأثر وتتجدد المهايأة سنة أخرى[2].

وتبنى المشرع الفرنسي المهايأة المكانية في نص المادة817 وأجاز للشركاء من أجل الانتفاع بالمال المشاع اقتسامه عينا وذلك بأن يختص كل شريك بجزء يساوي حصته الشائعة[3].

والمهايأة المكانية لدى الفقه الإسلامي نوع من أنواع الإفراز، لأنها قسمة للرقاب من أجل الانتفاع، فلا يقصد منها إنهاء الشيوع إنما تنظيم الانتفاع به، ويطلق عليها بقسمة الأعيان لدى الشافعية والزيدية والإباضية.

أما في ما يتعلق بمدة المهايأة المكانية، فالحنفية يعتبرون المهايأة إفراز فلا يشترط فيها المدة فهي عندهم ليست مبادلة منفعة بمنفعة، وهذا على خلاف المالكية الذين اشترطوا في المهايأة مدة محددة،

---

[1] – القانون رقم 03/06 المؤرخ في 20 فبراير2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، نص المادة12 فقرة أولى:" يتولى المحضر القضائي:
– تبليغ العقود والسندات والإعلانات التي تنص عليها القوانين والتنظيمات ما لم يحدد القانون طريقة أخرى للتبليغ،..."

[2] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 152.

[3] – Art. 817. c.civ.fr.:" Celui qui est en indivision pour la jouissance peut demander le partage de l'usufruit indivis par voie de cantonnement sur un bien ou, en cas d'impossibilité, par voie de licitation de l'usufruit. Lorsqu'elle apparaît seule protectrice de l'intérêt de tous les titulaires de droits sur le bien indivis, la licitation peut porter sur la pleine propriété."

وهذا ما رجحه الأستاذ محمد اسماعيل سلطح، فيرى ان تحديد المدة يحقق العدالة للشركاء، ويتماشى ومصالحهم التي تتطلب في بعض الحالات إنهاء حالة الشيوع لتجنب المشاكل التي قد يثيرها الشيوع[1].

ب- قسمة المهايأة الزمانية

نظم المشرع الجزائري قسمة المهايأة في المادة 734 من القانون المدني بنصها:" يجوز أن تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناولوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته."

أول ما يلاحظ ويأخذ عليه المشرع الجزائري استعماله لفظ "تناولوا " وكان من الأصوب أن يستخدم لفظ تناوبوا مثل ما فعل نظيره المصري، لان قسمة المهايأة الزمانية تتجسد فيها عملية التناوب على المال المشاع على سبيل الانتفاع.

قسمة المهايأة الزمانية قسمة للمنافع ينتفع بموجبها الشركاء بجميع المال المشاع بالتناوب كل شريك لمدة تتناسب وحصته، والأمثلة عديدة في المهايأة الزمانية، وتكون على وجه الخصوص في الأموال التي لا يجوز الانتفاع بها مكانا كأن يكون المال المشاع عبارة عن سيارة أو قارب صيد أو محل تجاري أو أرض فلاحية لا تسمح مساحتها القليلة بأن يقسم المال مكانا بين الشركاء، ومن الأمثلة أيضا أن يرث ولد وبنت قطعة أرضية، فينتفع الولد بالأرض لمدة سنتين، ثم تنتفع البنت بالقطعة الأرضية لمدة سنة وهكذا دواليك.

ولم يحدد المشرع الجزائري المدة في قسمة المهايأة الزمانية وعلى هذا الأساس يرى جانب من الفقه أنه يجوز للشركاء الاتفاق على عدد دورات التناوب في الانتفاع على أن لا تتجاوز المدة خمس سنوات ويتم التهايؤ زمانا يجب أن يتم تعيين التوقيت تعيينا دقيقا، وإذا لم تعين المدة في هذا النوع من القسمة كانت القسمة باطلة.

وإذا انهت نوبة آخر شريك تبدا نوبة الشريك الأول، ما لم يحدد اتفاق القسمة وأو الحكم القضائي عدد النوبات التي تتكرر فيها المهايأة، وبنفس الطريقة تتجدد المهايأة بتكرار النوبات ما لم يقم احد الشركاء بإخطار الشركاء بأنه لا يرغب في التجديد[2].

وبما أن المشرع الجزائري لم يحدد المدة في المهايأة الزمانية، وأخضع المهايأة من حيث الحقوق والالتزامات لأحكام عقد الإيجار[1]، فيعتبر كل شريك مؤجرا للشريك الآخر ومستأجرا منه، فيجب تحت طائلة

---

[1] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 154.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص250.

البطلان تعيين المدة في قسمة المهايأة[2]، كما أن المهايأة الزمانية لا تتحول إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، والعلة في ذلك أن المشرع لما قرر امكانية تحول المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، قرر أفضل وسيلة لإنهاء حالة الشيوع، لأن الشركاء كما سبق وأشرت قد جربوا واطمئنوا للمهايأة وانتفعوا بالمال المشاع في وقت واحد كل حسب حصته، بينما انتفاع الشريك بكل المال المشاع هو انتفاع بحصته الشائعة وبحصص كل الشركاء مجتمعين في وقت و احد ولا تتحقق المساواة بينهم إلا بالتناوب عليه، ولما كانت القسمة النهائية تهدف لإزالة الشيوع وتقسيم المال عينا بين الشركاء إن أمكن ذلك، فمن غير المنطقي أن تتحول القسمة الزمانية إلى قسمة نهائية، لأن فيه انتهاك لحقوق الشركاء في المال المشاع وهذا يتنافى ومبادئ القسمة في تحقيق المساواة بين الشركاء بالنظر إلى حصصهم الشائعة[3].

كما نظم المشرع المصري المهايأة الزمانية في المادة 847 من القانون المدني السالفة الذكر، وترك الحرية للشركاء على غرار نظيره الجزائري في تحديد الفترة الزمنية التي ينتفع فيها الشركاء بالمال، بشرط عدم إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع بأن اشترط حد أصى لمدة المهايأة بخمس سنوات، قابلة للتجديد ما لم يخطر شريك في الشيوع سائر الشركاء بأنه لا يرغب في التجديد[4].

و في المقابل نظم المشرع الليبي قسمة المهايأة في المادة 851 من القانون المدني الليبي[5]، والتي يطابق نصها نص المادة848 من القانون المدني المصري السالفة الذكر، وفي التشريع الأردني نص المادة 1054 من القانون المدني، وألزم المشرع الأردني تحديد المدة في المهايأة الزمانية دون المكانية، وفي حالة عدم الاتفاق جاز للمحكمة أن تأمر بالمدة التي تراها مناسبة حسب طبيعة النزاع والمال المشترك[6].

كما نظم المهايأة الزمانية المشرع السوري في المادة 801 من القانون المدني السوري، والمشرع العراقي في المادة 1079 من القانون المدني العراقي، أما في التشريع اللبناني نظم قانون الموجبات

---

[1] – ق./.ج المادة 734:" : تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات، لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة."

[2] – ق.م.ج المادة 467 المعدلة :" الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم.

يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر."

[3] – عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السبق، ص 820.

[4] – همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 360.

[5] – إبراهيم أبوا النجا المرجع السابق، ص 134.

[6] – علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 52.

والعقود اللبناني قسمة المهايأة الزمانية في المادة 830 بنصها:" يجوز أن يتفق الشركاء على أن يتمتع كل منهم على انفراد بالشيء أو بالحق المشترك على طريقة المناوبة.

وفي هذه الحالة يمكن كلا منهم أن يتصرف في حقه الخاص الذي يتمتع به سحابة المدة المعينة لهذا التمتع، سواء أكان ببدل أم بلا بدل، ولا يلزمه حينئذ أن يقدم لشركائه حسابا عما استوفاه.

غير أنه لا يستطيع أن يأتي أمرا من شأنه أن ينقص أو يمنع حقوق بقية الشركاء عنما تأتي نوبتهم في التمتع"، فالمشرع اللبناني بهذا النص نظم أحكام قسمة المهايأة الزمانية دون المكانية[1].

أما في القانون الفرنسي فيفضل المشرع تصفية حق الانتفاع على مبدأ التداول على المال المشاع، ففي الوقت الذي يرى فيه المشرع الجزائري وسائر التشريعات العربية تسهيل مهمة الانتفاع بالمال المشاع، يرى المشرع الفرنسي أنه من باب العدالة تصفية حق الانتفاع على التداول على المال، فمثلا لو كان المال المشاع سيارة واتفق الشركاء على أن ينتفع بها كل شريك لمدة سنة، فقد تقل مردودية السيارة بعد انتهاء نوبة الشريك الأول، ولا يستفيد الشريك الموالي من نفس جودة المال حين كان في نوبة الشريك الأول، لذا كان في نظر المشرع الفرنسي من الأصوب بيع حق الانتفاع واقتسام ثمنه في حالة عم إمكانية القسمة عينا.

ولدى الفقه الإسلامي يعتبر الحنفية أن المهايأة الزمانية مبادلة، يتبادل بموجبها الشريك منفعة شريكه بالمال المشاع لمدة مقابل انتفاعه بالمال، بينما الشافعية والمالكية والحنابلة يعتبرون المهايأة زمان انتفاع بالمال المشاع بين الشركاء على سبيل التناوب وفي مدة محددة بالتساوي.

ويعرفها جانب من الفقه الإسلامي أنها تعاقب للانتفاع بالمال المشترك لمدة محددة تتناسب وحصته، كأن يكون المال المشاع دارا مشتركة وينتفع كل شريك بالمال المشاع عاما وينتفع الشريك بالدار لسنة.

ويوافق الفقه الإسلامي ما ذهب إليه الفقه القانوني، في اشتراط المدة في المهايأة الزمانية تحت طائلة البطلان، لأنها قسمة مبادلة للمنافع، ولم يشترط الحنفية والشافعية والحنابلة، مدة أقصى للمهايأة، وهذا على خلاف المالكية الذين أجازوا المهايأة في المدة اليسيرة ولا تجوز في المدة الطويلة، وهذا ما ذهب إليه الفقه القانوني، احتراما لرغبة الشركاء وحقهم في المطالبة بإنهاء حالة الشيوع والذي تنتهي معه كل مشاكله[2].

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 816.
[2] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 150.

ثانيا: قسمة المهايأة من حيث الرضا والإجبار

الأصل في قسمة المهايأة أ نها تتم باتفاق جميع الشركاء في الشيوع، فلا يجوز إجبار أحد الشركاء للتهايؤ على المال المشاع، ولكن نظر لصعوبة توافق آراء الشركاء في إدارة المال المشاع، جعل المشرع الجزائري للشريك الذي يريد الانتفاع بالمال المشاع، أن يلجأ للقضاء ليصدر حكم يقضي بقسمة المهايأة

1- قسمة المهايأة الرضائية

إن الصورة الغالبة لقسمة المهايأة أنها تتم باتفاق الشركاء، وهي الوسيلة الأكثر فاعلية للانتفاع بالمال المشاع كون الشركاء مقتنعين بالطريقة التي اختاروها للانتفاع بالمال مكانا أو زمانا، وأخضع المشرع الجزائري على غرار سائر التشريعات العربية قسمة المهايأة لأحكام عقد الإجار، ولما كان كل شريك في قسمة المهايأة يعد مؤجرا لمنفعة حصته، ومستأجرا لمنفعة حصص باقي الشركاء فيجب على الشركاء أن يتمتعوا بالأهلية القانونية لكل من المؤجر والمستأجر.

والتأجير يعتبر باتفاق جميع الفقه القانوني عمل من أعمال الإدارة سواء اعتبر الشريك مؤجرا أو مستأجرا للمال المشاع، ومتى كان أحد الشركاء لا يتمتع بالأهلية القانونية، او كان بالغا ومحجورا عليه، وجب اتباع الإجراءات القانونية من ضرورة الحوص على إذن الولي والوصي لإجراء هذا النوع من القسمة، وذلك وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري[1].

وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المصري الذي اشترط أهلية الشركاء في المهايأة، وعلى ذلك لا يجوز للقاصر الذي أذن له القاضي أن يدير أمواله أن يباشر قسمة الأراضي الزراعية لمدة تزيد عن سنة إلا بإذن من المحكمة أو الوصي ذلك طبقا لأحكام المادة1/56 من قانون الولاية على المال رقم 119لسنة1952، وإذا تعلق بقسمة عقار مهايأة لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة أن يتفق مع الشركاء على قسمة تمتد إلى ما بعد سن رشد القاصر وفقا لأحكام المادة10 من نفس القانون.

و لا يجوز للوصي أو القيم أو الوكيل العام أن يعقد مهايأة تزيد مدتها على ثلاث سنوات، دون رخصة من المحكمة، أو من الأصيل و تخفض المدة إلى ثلاث سنوات إذا أبرمت مهايأة تزيد عن هذه المدة وفقا لنص المادة 559 من القانون المدني والمادة39 من قانون الولاية على المال، كما لا يجوز أن يقوم الوصي بقسمة المال مهايأة عندما يكون في نفس الوقت شريكا في الشيوع أو زوجه أو أحد أقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة أو لمن كان الوصي نائبا عنه إلا بإذن المحكمة، والغاية من ذلك عدم الانحياز لهذا الشخص الذي تربطه علاقة مع الوصي على حساب من هو تحت وصايته[2].

---

[1] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 237.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص272.

واختلف الفقه القانوني في الأساس في تطلب إجماع الشركاء في قسمة المهايأة، فيرى جانب من الفقه أن العبرة في إجماع الشركاء في اقتسام المال مهايأة هو خطورة هذا للنوع من القسمة وعلى وجه الخصوص المهايأة المكانية، لأن دوامها خمسة عشر سنة يقلبها إلى قسمة نهائية خاصة في الحالات التي تكون فيها المهايأة الوسيلة الوحيدة للانتفاع بالمال المشاع لوجود مانع لإزالة الشيوع[1].

بينما يرى جانب آخر من الفقه لدحض أساس تطلب إجماع الشركاء في قسمة المهايأة الذي ذهب إليه الفقه الأول، آخذين على هذا القول أن لرأيهم وتبريرهم ينطبق على المهايأة المكانية دون الزمانية، ويبرر الفقه أنه مادامت المهايأة عمل من أعمال الإدارة فهي ليست بالخطورة التي تعطي لأغلبية الشركاء تعديل الغرض الذي أعد من أجله المال الشائع في سبيل تحسين الانتفاع به[2].

ويرى جانب من الفقه أن الحل الأمثل في الفصل في هذا الخلاف هو تخويل الشركاء الحق في اللجوء إلى القضاء في حالة رفض بعضهم إجراء قسمة المهايأة وهذا ما نهجته جل التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري، فيجوز للقاضي أن يجبر الشركاء على التهايؤ في المال المشاع.

واتفاق الشركاء في قسمة المهايأة من الطرق التي نظمتها جل التشريعات العربية في تنظيمها للمهايأة بنوعيها المكانية والزمانية وذلك في النصوص السالفة الذكر، أنها وعلى غرار المشرع الجزائري تطرقت إلى الاتفاق في قسمة المهايأة في المهايأة الزمانية والمكانية.

كما وضع المشرع الجزائري صورة خاصة في الانتفاع بالمال المشاع كما لو بدأ الشركاء في إجراءات القسمة النهائية ولكنها اتخذت من الوقت بحيث لو انتظر الشركاء لفوتوا عليهم الانتفاع بالمال المشاع لذا أجاز لهم المشرع خلال إجراءات القسمة النهائية أن يتفقوا على أن يقسم المال مهايأة إلى حين القسمة النهائية، وهذ ما نص عليه في المادة 736 فقرة أولى بنصها: " يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية..."

---

[1] – نفس المرجع، ص235.

[2] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 106، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري ق.م.ج المادة717:" للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، ان يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.

وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسب من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما يستحق من التعويضات." ويقابل هذا النص في التشريع المصري نص المادة 829 من القانون المدني.

ويقابل هذا النص في التشريع المصري الفقرة الأولى من المادة 849 بنصها:" للشركاء أن يتفقوا، أثناء إجراءات القسمة النهائية، على أن يقسم المال الشائع بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية...[1]"، ويقابل هذا لنص في التشريع الليبي الفقرة الأولى من المادة853 فقرة أولى[2]، و في التشريع السوري، الفقرة الأولى من المادة 803[3]، وفي التشريع الأردني المادة 1057 من القانون المدني[4].

وتجب الإشارة إلى مسألة هامة، وهي أنه إذا اتفق الشركاء إلى التهايؤ في المال المشاع مكانا واستمرت قسمة المهايأة مدة خمسة عشر سنة انقلبت القسمة إلى قسمة نهائية، فقد يتبادر إلى الأذهان إلى أن نوع هذه القسمة النهائية هو قسمة اتفاقية، غير أن جانب من الفقه يرى أنه ما دامت المدة كانت السبب في تحول القسمة إلى نهائية وفقا للنصوص القانونية فلا تعتبر القسمة اتفاقية، بالرغم من أن التهايؤ كان بإرادة الشركاء[5]، وعلى هذا الأساس لا يجوز الطعن في القسمة إذا لحق أحد الشركاء غبنا وفقا لما تقرره النصوص القانونية، لأنه وفقا لرأي الفقه لو كان رافضا لتحول المهايأة إلى قسمة نهائية لاشترط ذلك في الاتفاق على التهايؤ، واستمراره بالانتفاع بالمال المشاع طيل هذه المدة بمثابة رضى ضمني على طبيعة القسمة[6].

واتفق الفقه الإسلامي بإجماع على جواز قسمة المهايأة الرضائية، سواء كانت المنفعة متساوية أو متفاوتة، وسواء كان المال من جنس واحد أو من جنس مختلف، بل وذهب المالكية والشافعية والحنفية أن المهايأة لا تتم إلا باتفاق الشركاء مجتمعين ولا يجوز إجار أحدهم على التهايؤ لكونها من عقود المعاوضة[7].

---

1 – عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 814.

2 – إبراهيم أبوا النجا، المرجع السابق، ص 136.

3 – ق.م.س.

4 – وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص 11.

5 – نفس المرجع، ص 110.

6 – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 819.

7 – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 113.

2- قسمة المهايأة القضائية

القاعدة العامة في قسمة المنافع أنها تتم باتفاق جميع الشركاء مكانية كانت أو زمانية، غير أن المشرع الجزائري أورد حالة خاصة أين يمكن للشركاء التماس القضاء للحكم بالمهايأة وهذا ما نستخلصه من الفقرة الثانية من المادة736 من القانون المدني بنصها:" يمكن للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية.

فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للمحكمة أن تأمر بها إذا طلب منها أحد الشركاء وبعد الاستعانة، إذا اقتضى الأمر ذلك."

يتضح من خلال هذا النص أنه لتقبل المهايأة القضائية لابد ان يكون الشركاء قد اتخذوا منحى القسمة النهائية بأن بدئوا في إجراءاتها، وعلى هذا الأساس إذا لم تتخذ إجراءات القسمة النهائية لا تقبل دعوى القسمة المهايأة.

وهذا النوع من القسمة أنما شرع في الحالات التي تتخذ فيها القسمة النهائية وقتا طويلا كما لو تعلق الأمر بأموال شائعة تعدد فيها الشركاء وتشعبت فيها الأموال محل القسمة، كما لو تضمن عقارات ومنقولات وأسهم في شركاء، فهذه الأموال تأخذ وقتا في تقييمها و تحديد الأنصبة وتنفيذ القسمة، ومن أجل تمكين الشركاء من الانتفاع بالمال المشاع سخر لهم المشرع الانتفاع بالمال إلى حين إجراء القسمة النهائية اتفاقا أو قضاء[1].

ويتم طلب المهايأة القضائية وفقا للأشكال والطرق المقررة لرفع الدعوى إذا وذلك برفع دعوى بعريضة موقعة ومؤرخة، وتقدم أما القسم المختص، ويجوز طلبها مباشرة امام القاضي الفاصل في القسمة النهائية.

وهذا الموقف تبناه المشرع المصري وذلك في الفقرة الثانية من المادة 849 بنصه:" للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية، على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية.

فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للقاضي الجزئي، إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء، أن يأمر بها بعد الاستعانة بخبير، إذا اقتضى الأمر."

---

[1] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 108.

أول ما يلاحظ من خلال قراءة النص بالمقارنة مع النص الجزائري هو استغناء المشرع على كلمة خبير، الأمر الذي يجعل كلمة الاستعانة لوحدها في النص القانوني غامضة وتحتمل أكثر من تأويل، لذا كان من الأصوب أن يدرج المشرع الجزائري عبارة لفظ " بخبير لإجلاء الغموض الذي يكتنف النص[1].

ونظرا لانتشار الأموال الشائعة في مصر وامتدادها لتشمل أموال تمثل جانبا مهما من الاقتصاد القومي، سمح المشرع لكل مالك في المال المشاع باللجوء إلى القاضي الجزئي ليأمر بالمهايأة قضائيا لتعذر الاتفاق عليها.

وتختلف هذه القسمة عن المهايأة الاتفاقية في كونها لا تشترط فيها مدة قانونية، لأن الإجراءات قد بدأت في إنهاء حالة الشيوع، ولم يحدد كل من المشرع الجزائري والمصري طريقة المهايأة القضائية مكانية أو زمانية، ويرى جانب من الفقه القانوني، أن هذه القسمة لا يمكن أن تكون إلا بالتهايؤ مكانا، لأنه ليس لأحد أن يتنبأ بالمدة التي تتخذها الاجراءات في القسمة النهائية، لأنها تمكن الشركاء جميعا بالانتفاع بالمال في وقت واحد، بينما المهايأة الزمانية تقوم على أساس التناوب، و قد لا تلحق الشريك نوبته في الانتفاع لنهاية إجراءات القسمة النهائية لذا من باب العدالة بين الشركاء أن تتم مكانا بين الشركاء لينتفعوا بالمال المشاع، إلى حين إزالة الشيوع.

وما يميز هذا النوع من المهايأة أيضا عن المهايأة العادية، انها تتم رغما عن إرادة الشركاء، ولا يمكنها أن تتحول إلى قسمة نهائية، بل تبقى مجرد حل احتياطي إلى أن يتقرر إنهاء حالة الشيوع بالقسمة النهائية، وهذا ما أكده القضاء المصري، في قرار رقم 881 في جلسة بتاريخ 1981/03/11، بأن القسمة التي تجرى مهايأة إلى حين القسمة النهائية لا يمكنها في أي حال من الأحوال أن تتحول إلى قسمة نهائية[2].

ويقابل نص المادة 849 من القانون المدني المصري نصوص المواد 850 من القانون المدني الليبي، 800 من القانون المدني السوري، 1075 من القانون المدني العراقي، والمادة 1057 من القانون المدني الأردني[3].

تجدر الملاحظة إلى مسألة هامة وهي أن التشريع الجزائري على غرار التشريعات العربية كان أكثر تنظيما لأحكام قسمة المهايأة الاتفاقية دون المهايأة القضائية، و كان من الأصوب أن يفصل المشرع الجزائري في مسألة المهايأة القضائية، فما أثبته الواقع العملي هو صعوبة الحصول على موافقة الشركاء بإجماع على التهايؤ أصلا سواء كانت المهايأة مكانية أو زمانية، وما منحه المشرع هو حق الشريك في

---

[1] – أحمد خالدي المرجع السابق، ص 236.

[2] – زايد رجب أحمد البشبيشي، المرجع السابق، ص 224.

[3] – وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص 11.

اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالمهايأة في الحالة التي تكون القسمة النهائية قد بدأت إجراءاتها، غير موضحا موقف القاضي في حالة ما إذا تنازع الشركاء على نوع التهايؤ أو على التهايؤ أصلا في غياب إجراءات القسمة النهائية، وغياب نص قانوني صريح يلزم الشركاء على الانتفاع بالمال المشاع مكانا أو زمانا بأمر من القاضي يجعل الأمر متأرجح بين رفض طلبات المدعى إذا أراد إجبار الشركاء على التهايؤ إذا لم تتخذ إجراءات القسمة النهائية، وبين ترك السلطة التقديرية للقاضي إذا ما اتخذت إجراءات القسمة النهائية واختلف الشركاء في نوع التهايؤ إلى حين القسمة النهائية، وهذا في اعتقادي إجحاف في حق الشريك الذي يريد الانتفاع بالمال المشاع في الحالة التي يتخلل فيها الشيوع ما يؤجل حق طلب القسمة النهائية، ويرفض سائر الشركاء قسمة المال مهايأة.

وإذا كانت القسمة غير منصفة في نظر شريك أو بعض الشركاء جاز التظلم في الحكم الصادر الذي يقضي بالمهايأة وذلك بموجب طرق الطعن المقررة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية[1].

ولدى الفقه الإسلامي اختلف الفقهاء حول جواز إجبار الشركاء على التهايؤ، فذهب الحنفية إلى إجازة إجبار الشركاء على التهايؤ في المال المشاع وسندهم في ذلك أن المهايأة إنما شرعت لاستفاء المنفعة إذا تعذر الاتفاق على الانتفاع بالمال، فالمهايأة تجمع المنافع في زمان واحد أو في نصيب مفرز، فتأخذ حكم القسمة في الأعيان، ويبرر الحنفية أيضا أن تعجيل قسمة المال المشاع عينا وحرمان الشريك من المطالبة بالانتفاع بالمال المشاع قضاء في حالة عدم الاتفاق فيه ضرر للشركاء وهو أمر غير مرغوب فيه في الشرع الإسلامي[2].

وقد فصت محلة الأحكام العدلية هذه المسألة، واعتبرت أنه إذا اختلفت المنافع في المال المشترك فلا يجوز الإجبار عليها، أما إذا كانت المنافع متشابهة، أجبر الشركاء على التهايؤ، وإذا رفعت دعويين أمام القاض من الشركاء في الشيوع وطالب البعض بالمهايأة وطالب الآخرون بالقسمة النهائية، فوجب الاستجابة لهذا المطلب الأخير، لأن به يتحقق عنصرين أساسين أولهما الاستجابة لطلب القسمة كحق شرعي، والثاني هو إنهاء حالة الشيوع كحالة قانونية مركبة ينجز عنها العديد من المشاكل، وإذا طلب أحد الشركاء قسمة المال المشاع الذي لا يقبل القسمة أجبر الشركاء على التهايؤ.

ولم يحدد المشرع الفرنسي صور القسمة التي تهدف للانتفاع بالمال، ولكن الفقه الفرنسي يرى أنه إذا كان بين الشركاء قاصر غير مرشد وجب أم تتم القسمة أمام القاضي ليراعي مصلحة الشريك غير المؤهل لإجراء القسمة[3].

---

[1] – فريحة حسين، المرجع السابق، ص 129.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، 231.

[3] – PIERRE VOIRIN, GILLE GOUBEAUX, opt cite p 252.

وذهب جمهور فقهاء المسلمين من المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والإباضية، أنه لا يجوز إجبار الشركاء في قسمة المهايأة لأنها معاوضة كالبيع، كما أن حق الشريك في المنفعة عاجل، ولا يجوز تأخيره بغير رضا الشركاء كالدين، وذلك على خلاف قسمة الأعيان التي في حقيقتها إفراز، كما أن احتمال الغرر في المهايأة كبير كما لو قلت منفعة المال المشاع في نوبة أحد الشركاء، لذا كان من الأصوب عدم الإجبار عليها[1].

ما نستخلصه من هذا الفرع من الأطروحة أن المشرع الجزائري ساير التشريعات العربية ورسم عد صور لقسمة المهايأة وهو ما يثنى عليه المشرع الجزائري عند تنظيمه أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني إذ من البديهي أن لا تقبل كل الأموال الشائعة القسمة عينا فأجاز المشرع التهايؤ عليها زمانا، وقد لا يتفق الشركاء على المهايأة ما يدفع البعض باللجوء إلى القضاء للمطالبة بالمهايأة القضائية إلى حين القسمة النهائية.

---

[1] – زايد رجب أحمد البشبيشي، المرجع السابق، ص 229.

المطلب الثاني: تطبيق أحكام عقد الإيجار على القسمة التي ينتفع فيها بالمال المشاع.

أخضع المشرع الجزائري على غرار سائر التشريعات العربية قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار، مالم تتعارض أحكام هذا الأخير مع طبيعة القسمة وذلك طبقا للمادة 735 السالفة الذكر، وبالرجوع إلى أحكام عقد الايجار اشترط المشرع في عقد الإيجار الشكلية وأن يكون في العقد تاريخ ثابت تحت طائلة البطلان[1]، وعلى هذا الأساس الكتابة شرط أساسي لانعقاد المهايأة، ويرجع لها الأطراف للإثبات أمام القاضي في حال اختلافهم حول طريقة التهايؤ أو المدة[2]، و يلتزم الشركاء في قسمة المهايأة بالعديد من الحقوق ويتحملون في ذات الوقت العديد من الالتزامات، كما أن قسمة المهايأة بطبيعتها مؤقتة وحل احتياطي مآلها الزوال سواء كان انقضاء هذه القسمة غير إرادي يعود لظروف القسمة، أو يتعلق بإرادة الشركاء في إنهاء قسمة المهايأة.

الفرع الأول: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة

يتبادل الشركاء في قسمة المهايأة المنافع، فيتنازل الشريك عن حقه في الانتفاع بالمال المشاع في نوبة غيره من الشركاء مقابل تنازل الشركاء على حقهم في الانتفاع في نوبته، وهذا التبادل في المنافع يضع الشركاء في موقف يتمتعون فيه بالعديد من الحقوق مع وجوب احترامهم للعديد من الالتزامات خلال نوبة كل منهم في المال المشاع.

أولا: حقوق الشركاء في قسمة المهايأة

يتمتع الشركاء في قسمة المهايأة بالعديد من الحقوق، فيصوغ لكل شريك استعمال المال المشاع واستغلاله، ومن حق كل شريك في قسمة المهايأة أن لا يتعرض له الشركاء في القسمة أثناء نوبته، ومقابل هذه الحقوق يتحمل الشريك في المهايأة العديد من الالتزامات، أهمها الالتزام باستعمال المشاع وفقا للغرض الذي أعد من أجله ويحافظ عليه ليتمكن غيره من الانتفاع به، ويلتزم الشريك بأعمال الصيانة وتسليمه عند انتهاء المدة المقررة في حقه.

---

[1] – ق.م.ج المادة 467 مكرر:" ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كتن باطلا."

[2] – تيماء محمود فوزي، إثبات عقد الإيجار، مقال بمجلة الرافدين للحقوق، العدد 43 لسنة 2010، ص 11.

1- الحق في استعمال واستغلال المال المشاع

المهايأة قسمة يتمكن من خلالها كل شريك من الانتفاع بالمال المشاع وفقا للطريقة المحددة بالاتفاق أو التي رسمها الحكم القضائي، فيستعمل المال المشاع ويستغله سواء شخصيا او بواسطة غيره فلو كان المال المشاع عبارة عن سكن وقع في نوبة أحد الشركاء لينتفع به لمدة ثلاثة أشهر فجاز له أن يؤجره للغير ويستولى على ثماره ولا يكونن ملزما بدفع أي ثمن لسائر الشركاء بشرط أن يستعمله استعمالا بالطريقة المتفق عليها أو المحكوم بها قضائيا، وهذا ما نصت عليه المادة 491 من القانون المدني الجزائري التي نظمت أحكام عقد الإيجار[1]، ويقابلها في التشريع المصري نص المادة 579 من القانون المدني و على هذا الأساس يحق للشريك في الشيوع باستعمال العين محل المهايأة على النحو المتفق عليه، فلو اتفق الشركاء على ان يختص الشريك في قسمة المهايأة بجزء من قطعة أرض وينتفع بها بزراعتها أو يؤجرها لمن يزرعها فلا يجوز له أن يبنى عليها مستودعا للتخزين مثلا، أو أن يكون الاتفاق على أن ينتفع الشريك بالسكن محل التهايؤ فيحول الشريك الشقة إلى عيادة طبية، وإن كان هذا الأمر لم يتطرق له القانون صراحة إلا أنه يستخلص من مضمون العقد وظروفه.

فيحق للشريك أن يستعمل المال المشاع وينتفع به بحيث ينتفع بع انتفاع لا يضر بالغير، كأن يتحجج الشريك في نوبته في حقه في الانتفاع ويحمل العين المتهايئ عليها فوق طاقتها، كأن تكون عبارة عن شاحنة ويحملها فوق ما يمكن أن تستوعبه، أو أن تكون سفينة فيستعملها استعمالا يجعلها غير قابلة للاستعمال في نوبة غيره، وحق الاستعمال لا يتقيد فقط بمنع الاستعمال المفرط و الضار، بل حتى بالهجر والترك، فلو كانت العين المتهايئ عليها عبارة عن محلات تجارية اتفق الشركاء على أن يستولى كل شريك على ثمارها لفترة معينة، فلو قام الشريك بهجرها أو غلقها سيؤدي إلى المساس بمردودية المحلات، بهجران الزبائن الذي يشكلون جزء من المحل التجاري، كما لو كانت كذلك العين المتهايئ عليها مصنعا وفي نوبة أحد الشركاء قام بغلقه، أو بإهماله مما سيضر بسمعة المصنع ومردوديته، فحق الشريك في الاستعمال مقيد بحقوق سائر الشركاء على المال المشاع سيما في المهايأة الزمانية والتي تكرس مبدأ التعاقب على المال المشاع[2].

ولدى الفقه الإسلامي يملك كل شريك في المهايأة زمانية كانت أو مكانية الحق في استعمال العين المتهايئ عليها شريطة أن يتم ذلك على الوجه المشرع، ففي المهايأة المكانية قيد الفقه الاسلامي

[1] – ق.م.ج المادة491 :" يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له."

[2] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 221.

الاستغلال بشرطين، يتمثل الشرط الأول في عدم تناقض وتنافي استغلال المال وطبيعة العقد، أما الشرط الثاني مفاده أن يتم هذا الاستغلال على الوجه المشروع.

أما في المهايأة الزمانية فلا يملك الشريك في الشيوع إلا حق استعمال المال دون حق استغلاله وذلك باتفاق الحنفية، هذا ما لم يشترط الشركاء حق الاستغلال في المهايأة، أما اذا اشترطوا الاستغلال فهذا محل جدل لدى الحنفية، فيرى البعض من الحنفية أن في أنه إذا اشترط الشركاء الاستغلال فلا يجوز لهم ذلك لأن المهايأة الزمانية بمعنى الإعارة والعارية لا تؤجر، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه يجوز التهايؤ في الدار الواحدة على السكن والغلة، ويرى غي هذا الصدد الأستاذ حمدي محمد اسماعيل سلطح في هذا الصدد أن الرأي الثاني من الحنفية هو الأقرب إلى الصواب فيجوز لكل المتهايئين في القسمة حين تحين نوبة كل منهم ان يستغلوا المال المشاع إذا اشترطوا ذلك.

أما بالنسبة للمالكية فأجازوا حق الاستعمال في المهايأة الزمانية والمكانية، أما حق الاستغلال فيفرقون بين المهايأة الزمانية والمكانية، فإذا كان التهايؤ على أساس الزمن وكانت العين محل الانتفاع منقول كأن تكون دابة أو سيارة، فلا يجوز استغلالها لاحتمال الغرر فقد تؤتي فوائد كثيرة في نوبة أحدهم ولا يحدث ذلك في نوبة الآخر، أما إذا كانت المهايأة الزمانية في العقار فيجوز التهايؤ على الاستعمال والاستغلال منها سواء كانت مدة المهايأة يسيرة أو كثيرة، أما إذا كانت المهايأة مكانية فلا يجوز التهايؤ فيها على سبيل الاستغلال مخافة للغرر فلا يجوز كراءها مثلا و الاغتلال منها، وهذا على خلاف الشافعية والحنابلة الذين يرون جواز استعمال العين المتهايئ عليها واستغلالها، زمانية كانت أو مكانية.

2- الحق في الضمان

يحق لكل شريك في الشيوع حين تحين نوبته أن يضمن له سائر الشركاء عدم التعرض له في المال الذي يحوزه لتحقيق الغرض من الانتفاع حسب الاتفاق الذي تراضى عليه جميع الشركاء، ويضمن الشركاء في القسمة العيوب الخفية التي يتضمنها المال محل الانتفاع.

أ- الحق في ضمان عدم التعرض

إضافة إلى إلزام الشركاء بتسليم العين المتهايئ عليها للشريك المنتفع، عليهم ان يمكنوه من حق في الانتفاع الهادئ بكامل العين وذلك بعدم التعرض له في حيازته وتدخلهم في كيفية انتفاعه بالمال المشاع، مالم يخالف عقد المهايأة، فيكون محل مسائلة كل فعل يبدل من الشركاء أو من أحدهم ويعكر انتفاع الشريك بالعين في نوبته ويحول دون انتفاعه بها.

وعلى هذا الأساس يعرف فقهاء القانون بأن الضمان بعد التعرض هو امتناع الشركاء عن كل ما يؤدي إلى حرمان الشريك المتهايئ من الانتفاع بالمال المشاع كليا أو جزئيا، وهذا هو حق للشريك المتهايئ والتزام على عاتق سائر الشركاء بعدم تعكير صفو الانتفاع بالمال المشاع، وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري تعرض إلى مسألة تعرض المؤجر للمستأجر في المادة 487 من القانون المدني[1]، و نص على أن حق المستأجر في الضمان يقوم عندما ينازع الغير في المال المشاع ويدعي حقا على العين، وهذا ما نستخلصه بمفهوم المخالفة من نص المادة السالفة الذكر.

بل والزم المشرع الجزائري الشريك المتهايئ من إخطار الشركاء بالدعوى التي يرفعا الغير على العين لينازعه فيها، وله أن يطلب إخراجه من الخصام، ويكون له الحق في فسخ المهايأة إذا تسبب الغير بدعواه في حرمان المتهايئ من الانتفاع بالمال جزئيا أو كليا أضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض[2].

وحق الشريك في الضمان تعرض له المشرع المصري وهو بصدد تنظيمه لعقد الإيجار في المواد 571 إلى 575 من القانون المدني، وطبقا لأحكام المادة 571 من نفس القانون يحق للشريك المتهايئ ان يضمن له سائر الشركاء عدم التعرض في العين خلال نوبته، وهذا ما كرسه القضاء المصري في قضية رقم 2815 بتاريخ 2004/16/14، والتعرض الذي يصدر من الشركاء في قسمة المهايأة قد يكون مادي أو قانوني.

فيكون التعرض ماديا حينما يقوم الشركاء بأفعال مادية محضة للحيلولة دون تمكين الشريك من الانتفاع السليم بالمال، أو حرمانه من إحدى فوائد العين المتهايئ عليها سواء كانت تلك الفائدة مادية أو معنوية، كأن يقوم الشركاء بتعديل وجه الانتفاع الذي تم رسمه حين الاتفاق على المهايأة، او بمنع الشريك في نوبته من استعمال إحدى أجزاء العين الشائعة التي تمكن من الانتفاع به، كغلق الباب الرئيسي أو المدخل المؤدي إلى السكن محل المهايأة.

أما التعرض القانوني فيتحقق حينما يدعي أحد الشركاء حقا على العين المتهايئ عليها، وذلك من أجل تعطيل انتفاع المتهايئ عليها، ومثال ذلك أن يتعلق المال المشاع بقطعة أرض زراعية تم اقتسامها

---

[1] ق.م.ج المادة 487 المعدلة:" لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي الصادر من الغير الذي لا يدعي حقا على العين المؤجرة، وللمستأجر أن يطالب شخصيا المتعرض بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، وله أن يمارس ضده كل دعاوى الحيازة."

[2] – ق.م.ج المادة 484 المعدلة:" يتعين على المستأجر إخطار المؤجر بالدعوى المرفوعة من الغير الذي يدعي حقا على العين المؤجرة يتعارض ومع المستأجر و مطالبته بالضمان، وفي هذه الحالة يمكن للمستأجر أن يطلب إخراجه من الخصام.

إذا ترتب على هذه الدعوى حرمان المستأجر من الانتفاع بالشيء المستأجر كليا أو جزئيا، جاز له طلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض."

مهايأة مكانية ويدعي أحد الشركاء ضد الشريك الآخر بأن له حق الارتفاع على الأرض التي يحوزها انتفاعا لمصلحة الأرض المجاورة، وليتحقق الضمان لا بد أن بتعرض الشركاء أو أحدهم فعليا للشريك المتهايئ سواء كان ذلك التعرض شخصيا أو قانونيا أما مجرد التهديد فلا يحق لأن يكون محلا للضمان، ويشترط لتحقق الضمان في عدم التعرض، ان يصدر التعرض من أحد الشركاء أو من أحد أتباعهم كأولادهم أو وكلائهم، فإذا صدر الفعل الموجب لضمان التعرض من سبب أجنبي كقوة قاهرة تسببت في ضياع بعض المال المتهايئ عليه، ففي هذه الحالة لا تطبق قواعد الضمان بل القواعد المتعلقة بتبعة الهلاك.

ومن الشروط اللازمة لتحقق حق الضمان للشريك المتهايئ والتزام سائر الشركاء به، أن يتسبب التعرض بالإخلال بالانتفاع بالعين المتهايئ عليها، وأن يكون تدخل الشركاء في العين الشائعة غير مشروع، فإذا تدخل الشركاء في العين المتهايئ عليها لإجراء أعمال الصيانة مثلا أو الإصلاحات الضرورية للسكن محل المهايأة مخافة هلاكه فلا يحق للشريك أن يتحجج بحقه بضمان عدم تعرض الشركاء في انتفاعه بالمال المشاع.

ويجوز للشريك إذا تم التعرض له أن يطالب إما بالتنفيذ العيني وفقا للقواعد العامة أو المطالبة بالتعويض أو أن يطلب فسخ المهايأة إذا كانت اتفاقية، فيكون التنفيذ العيني بالحكم بإجبار الشريك المتعرض على عدم التعرض، فإذا أقام منشأة تحول دون حق الشريك في الانتفاع له أن يطلب بإزالتها، أو أن يطلب عدم منع وصول المياه إلى الأرض التي ينتفع بها الشريك، او عدم غلق المدخل الرئيسي للسكن محل القسمة.

ويحق للشريق وفقا للقواعد العامة المطالبة بالتعويض إذا تسبب له تعرض الشريك في ضرر، وأساس التعويض هنا هو قيام المسؤولية العقدية على أساس أن ما يربط الشريك المتهايئ وسائر الشركاء هو عقد المهايأة، ويكون للقاضي السلطة التقديرية فيمي تحديد هذا التعويض بالنظر إلى جسامة الضرر[1].

أما إذا كان التعرض صادر من غير الشركاء في المهايأة، فباستقراء نص المادة 487 من القانون المدني، يجب التفريق بين نوعي التعرض القانوني والمادي، فإذا كان تعرض الغير قانونيا، فيكون حق الشريك قائما مقابل التزام الشركاء في ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير.

وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المصري في نص المادة 572 من القانون المدني، ويرى جانب من الفقه أن مرجعية حق الشريك في الضمان إذا كان تعرض الغير في المهايأة قانونيا هو طبيعة التعرض، وهو الحق الذي يدعي به الغير، وأبطل المشرع الجزائري كل اتفاق بين الشركاء المتهايئين

[1] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 206.

يرمي إلى إعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني وهو ما نص عليه في الفقرة الأولى من المادة490 من القانون المدني الجزائري لأنه قرينة على سوء نية الشكاء في المهايأة[1].

وإذا كان تعرض الغير في قسمة المهايأة ماديا فلا يضمن الشركاء العرض الصادر من الغير وهو مضمون المادة 487 من التقنين المدني الجزائري، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المصري في المادة 575 من القانون المدني، وعلى خلاف التعرض القانوني، لا يستند الغير المتعرض إلى حق معين، فلا يعدو أن يكون مجرد أفعال مادية يقوم بها ليحول دون حق التشريع في الانتفاع بالمال، و لا يصوغ للشريك الذي تم التعرض له إلا أن يدفع التعرض بالوسائل القانونية منها دعاوى الحيازة[2].

ب- الحق في ضمان العيوب الخفية

إن استلام الشريك للجزء محل المهايأة يكون دائما محل فرضين، فقد يكون صالحا للانتفاع، كما يمكن أن تتخلله عيوب أو نقائص تحول من الانتفاع به، مما يستوجب قيام الضمان في نوبة الشريك المتهايئ والتزام الشركاء به، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 488 المعدلة، والتي ألزمت الشركاء في الشيوع ان يضمنوا للشريك المتهايئ العيوب الخفية واستثنت من الضمان العيوب الخفيفة أو التي جرى العرف على التسامح فيها[3]، كأن يتم تسليم الحقل الذي به أشجار إلى الشريك المتهايئ دون تقليمها، أو أن الشركاء سلموا الدار للشريك دون دهنها، أما إذا كان العيب جسيما أو لم تتوفر الصفة التي تعهد بها الشركاء في المال، كأن تكون في المثال السابق الأرض غير صالحة للزراعة لوجود الرطوبة الزائدة، او أن البيت الذي وقع في نصيب الشريك في المهايأة المكانية، آيل للسقوط بسبب هشاشة البناء، ففي هذه الحالة يحق للشريك المتهايئ المطالبة بالضمان للعيوب الخفية، و يشترط في

---

[1] – ق.م.ج المادة 1/490:" يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني."

[2] – دعاوى الحيازة، دعاوى ترمي لحماية الحق العيني العقاري في مواجهة الشخص الذي يعتدي عليها، فالحائز لا يطالب بأصل الحق بل يحميه، فالشريك في قسمة المهايأة وإن كان لا يملك في حيازته العنصر المعنوي، ولكنه يملك العنصر المادي، ولا يوجد ما يمنعه من رفع دعوى من دعاوى الحيازة، عن هذا التعريف أنظر ميسون زهوين، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، بعنوان اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيازة، قسم القانون الخاص، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، تمت مناقشتها في 2007، ص 19.

[3] – ق.م.ج المادة 488:" يضمن المؤجر باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصا محسوسا، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.
ويكون كذلك مسؤولا عن الصفات التي تعهد بها صراحة.
غير أن المؤجر لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها هذا الأخير وقت التعاقد."

العيب ليكون محلا للضمان أن يكون مؤثرا وأن يكون ظاهرا، فلو كان الشريك عالما بالعيب او ان الشركاء قد أعلموا الشريك بالعيب قبل إبرام عقد المهايأة فلا يحق له المطالبة بضمان العيوب الخفية.

ويترتب على تحقق شروط الضمان في المهايأة للعيوب الخفية أن للشريك المتهايئ حق طلب إصلاح الضرر إذا كان قابل للإصلاح على نفقة سائر الشركاء أو طلب فسخ عقد المهايأة[1]، و في مقابل ذلك يقع باطل كل بند أو اتفاق يضمنه الشركاء في عقد المهايأة ما يعفي أو يخفف من الضمان للعيوب الخفية إذا أخفوها عن الشريك[2].

وهو نفس الموقف الذي نهجه المشرع المصري في المادة 576 من القانون المدني، حينما ألزم الشركاء في المهايأة بالضمان لكل ما يحول دون الانتفاع بالمال المشاع، واستثنى على غرار نظيره الجزائري العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، والمشرع المصري لم يعرف العيب الخفي على غرار التشريع الجزائري، ولكن محكمة النقض المصرية اجتهدت وعرفت العيب الخفي على أنه آفة طارئة التي تخلوا منها الفطرة السليمة للشيء[3]، وعلى غرار المشرع الجزائري قرر المشرع المصري للشريك حق المطالبة بإجراء الإصلاحات للمال محل المهايأة على نفقة الشركاء وفقا لنص المادة 577، وإذا كانت الإصلاحات باهظة أو غير ممكنة، فجاز للشريك المتهايئ أن يطلب فسخ القسمة، ويجوز للشركاء في مقابل ذلك دفع الفسخ أو إجراء الإصلاحات إذا أثبتوا أن العيب كان موجودا وقت إبرام القسمة أو أنه طرأ بعد إجرائها[4].

بري جانب من الفقه الإسلامي بأنه لا مجال للضمان إذا حدث بالعين نفص بسبب الاستعمال المتداول، وهو ما ذهب إليه الشافعية، وما ذهب إليه كذلك المالكية الذين شبهوا المهايأة بالإجارة، فيكون المتهايئ غير ضامن كالمستأجر.

أما الحنابلة فرجحوا الضمان لأن المهايأة عندهم كالعارية إذ يكون الشركاء ضامنين للمال إذا ترتب على استعماله المتكرر نقص في نوبة أحدهم[5].

---

[1] – ق.م.ج المادة 489:" إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان، يجوز للمستأجر حسب الحالة أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار. وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو ان يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الإصلاح لا يشكل نفقة باهظة على المؤجر."

[2] – ق.م.ج المادة 2/490:" ويبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشا."

[3] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 212.

[4] – نفس المرجع ، ص 219.

[5] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 258.

ثانيا: التزامات الشركاء في قسمة المهايأة

في مقابل الحقوق المقررة في قسمة المهايأة يتحمل الشركاء عدة التزامات، منها الالتزام بحسن استعمال المال وتسليمه للشريك المتهايئ والمحافظة عليه سيما في المهايأة الزمانية لأنها تقوم على أساس التناوب، كما يجب على الشركاء أن يقوموا بأعمال الصيانة الضرورية للمال المشاع وان يسلموه في الوقت المتفق عليه ما لم يقرروا تجديد قسمة المهايأة لمدة اخرى.

1- الالتزام بتسليم المال المشاع والمحافظة عليه

يجب على الشركاء في قسمة المهايأة أن يسلموا المال محل المهايأة إلى الشريك المتهايئ، وذلك من خلال وضع المال تحت تصرف الشريك وتمكينه من الانتفاع بع وإعلام الشريك المتهايئ بهذا الوضع، وانتفاع الشريك يرجع إلى اتفاق الشركاء، وإذا لم يتم تحديده في الاتفاق يتم الانتفاع حسب طبيعة العين فإذا كانت شقة وجب تسليمها للشريك لينتفع بها ولو كانت قارب صيد كان للشريك ان يستعملها للصيدّ، وإذا كانت أرض زراعية كان له أن يزرعها، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 476 من القانون المدني[1]، ويقابلها نص المادة 562 من القانون المدني المصري، هذا الخير الذي ألزم بدوره على غرار التشريع الجزائري تسليم العين محل المهايأة في حالة تسمح الانتفاع بها.

ويشمل تسليم المال المشاع ملحقاته التي تساعد في الانتفاع بع فإذا كان بالأرض الزراعية محل المهايأة آلات للزرع والحصد وجب على الشركاء تمكين الشريك منها لتسهيل انتفاعه بالمال، فإذا كان قارب الصيد مملوكا على الشيوع كان على الشركاء تمكين الشريك المتهايئ من معدات الصيد المرتبطة بالقارب والتي تسهل الانتفاع بالمال المشاع نظرا للغرض الذي أعد له.

ويرى جانب من الفقه أنه يجوز أن يتم التسليم بناء على محضر يوقع الأطراف ويكون هذا المحظر واجبا إلى اشترط في المهايأة، ويتم تحرير في هذا المحضر عملية تسليم المال للمتهايئ واستلام هذا الأخير للعين، كما يتضمن بالتفصيل حالة العين محل التسليم ويكون هذا المحضر حجة على الشركاء إذا ما ثار نزاع بيهم حول مسألة تتعلق بالعين محل المهايأة، وتسليم الشريك للعين محل المهايأة

---

[1] – ق.م.ج المادة 476 المعدلة: " يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة في حالة تصلح للاستعمال المعد لها تبعا لاتفاق الطرفين.

تتم معاينة الأماكن وجاهيا بموجب محضر أو بيان وصفي يلحق بعقد الإيجار.

غير انه إذا تم تسليم العين المؤجرة بدون محضر أو بيان وصفي ، يفترض في المستأجر أنه تسلمها في حالة حسنة ما لم يثبت العكس."

لا يمنع من إجراء المحضر لاحقا وإذا رفض الشريك المتهايئ التوقيع جاز اللجوء إلى القضاء، ليتولى هذا الأخير عملية جرد المال المشاع.

وقد تكون طبيعة المال تحتاج إلى جرد دون حاجة إلى طلب الشركاء، كما لو كان المال المشاع عبارة عن عتاد فلاحي أو عدة محلات تجارية تختلف مواقعها وأحوالها ومشتملاتها، وتعود مصاريف محضر التسليم إلى اتفاق الشركاء، فإذا لم يوجد فيتحملها الشركاء لان المحضر يحقق مصلحة الجميع، وإذا لم يتم إعداد محضر يعبر وكأن الشريك قد تسلم المال في حالة حسنة ما لم يثبت العكس.

ويتم تسليم العين المتهايئ عليها في المكان والزمان المتفق عليه وإذا لم يتم تحديدهما يرجع الأمر إلى العرف المعمول به، وإذا لي يحدد الاتفاق او لم يوجد عرف يقضي بتحديد مكان وزمان تسليم العين كان ذلك وقت ابرام عقد المهايأة.

وإذا أخل الشركاء بالتزامهم بتسليم العين أو قاموا بتسليم المال دون ملحقاته، أو أنهم قاموا بتسليم المال في حالة لا تصلح للانتفاع بها، كان للشريك المتهايئ أن يطلب حسب الحالة إذا بإجبار الشركاء قضائيا بتسليم المال محل المهايأة، أو بفسخ عقد المهايأة، وله أن يطلب التعويض إذا تضرر من جراء عدم تسليم العين المتهايئ عليها[1]، غير أن الاستجابة لطلب الفسخ تكون مرهونة بإخلال الشركاء فلو تأخر الشركاء في تسليم العين ولم يتضرر الشريك من ذلك أو تأخر الشركاء في تسليم ملحقات العين كان للقاضي أن يصرف النظر عن طلب الفسخ أما إذا كان اخلال الشركاء جسيما كعدم التسليم المال، أو أثبت الشريك أن إخلال الشركاء بهذا الالتزام ترتب عنه تفويت المنفعة التي قصدها الشريك المتهايئ من عقد المهايأة، جاز للقاضي ان يحكم بالفسخ.

كما يجب على الشريك المنتفع في قسمة المهايأة أن يحافظ على العين الشائعة وذلك استنادا إلى نص المادة 495 من القانون المدني الجزائري[2]، والذي يقابله في التشريع المصري نص المادة582 من القانون المدني، وتشكون عناية المتهايئ على المال المشاع عناية الرجل العادي، فيكون ملزما بالحرص والاعتناء بالعين المؤجرة، ويكون قد نفذ التزامه متى أثبت أنه بذل العناية المطلوبة، وترجع في تقدير هذه الأخيرة إلى السلطة التقديرية للقاضي بالنظر إلى ظروف المهايأة وأحوالها، ومن أمثلة المحافظة على المال المشاع منع تسربات أنابيب المياه والصرف الصحي التي قد تسبب هشاشة البناء، وإذا كان الشيوع

[1] – ق.م.ج المادة 477 المعدلة:" إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال الذي أجريت من أجله او طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر، جاز للمستأجر ان يطلب فسخ الإيجار او إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض، عن الضرر في الحالتين إن اقتضى الأمر ذلك."

[2] – ق.م.ج المادة 495:" يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي. وهو مسؤول عما يلحق العين أثناء انتفاعه بها من فساد أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالا عاديا."

في أرض زراعية على المتهايئ أن يريح التربة وأن لا يزرعها مرات متتالية لكي لا يضر بالتربة ويقوم بأعمال الزراعة وفقا لأصولها.

ويدخل في التزام المحافظة على المال المشاع مسؤولية المتهايئ عن تصرفات غيره في المال الذي ينتفع به، فيسأل عن كل تقصير تسبب به زوج المتهايئ أو أبنائه أو عماله وكل من يعملون تحت إشرافه، وطبيعة مسؤولية الشريك في المال هي مسؤولية عقدية لا تقصيرية بالرغم من أن الأفعال التي قام به الغير في المال لا تربط المتهايئ بأية علاقة تعاقدية، إلا أن إخلال المتهايئ بالمال يعد إخلال بعقد المهايأة، ويكون من حق الشركاء إجبار الشريك لإصلاح العين المتهايئ عليها في حالة الضرر، ولهم الحق في طلب الفسخ والتعريض.

ومن أعمال المحافظة على المال المشاع إخطار الشركاء المتهايئين بكل المسائل التي يجب إخطارهم بها، كما لو تطلب الأمر بإصلاحات مستعجلة، او اعتدى شخص على المال محل القسمة محاولا غصبه أو اتلافه[1]، و لم يشترط القانون في الإخطار أن يتخذ شكل معينا فقد يتم بكافة الطرق ويبقى على المتهايئ عبء إثبات الإخطار.

واذا تسبب المتهايئ بسبب عدم قيامه أو تأخره بالإخطار، كأن يقوم الغير أو تتلف العين من تلقاء نفسها او اكتساب الغير العين المتهايئ عليها عن طريق الحيازة مثلا، جاز للشركاء المشتاعين المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه الشريك المتهايئ، كما يجوز التشديد في مسؤولية الشريك المتهايئ أو التخفيف فيها إذا اتفق الشركاء على ذلك.

وحث الفقه الاسلامي على واجب المحافظة على المال المشاع، فألزم المتهايئ رد المال على الحالة التي كان عليها عند الاستلام، فلا يجوز له أن يحدث تغييرات في المال، كما لو كان منزلا وأحدث أبواب به أو أنقص من البناء[2].

2- الالتزام بصيانة المال المشاع ورده

يلتزم الشركاء في قسمة المهايأة بصيانة المال المشاع محل قسمة المهايأة وذلك قبل تسليمه للشريك المتهايئ أما بعد تسليمه يصبح حق للشركاء في التدخل في حيازة الشريك وقيام بالإصلاحات الضرورية والتزام من قبل الشريك المتهايئ لقبول هذا التدخل في الحيازة لإجراء الإصلاحات بشتى أنواعها بسيطة

---

[1] – ق.م.ج المادة497 المعدلة:" يجب على المستأجر ان يخبر فورا، المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرض، أو الإضرار بها."

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 257.

كانت أم ضرورية، ليظل المال المشاع صالح للتهايؤ عليه، وتمكين الشركاء المنتفعين من الانتفاع الكامل بالمال.

وصيانة العين المؤجرة يشمل على إجراء الإصلاحات الضرورية، ويتم تحديد ما إذا كانت الإصلاحات ضرورية ام لا وفقا لما جرى عليه العرف والعادات، وتطرق المشرع الجزائري إلى أعمال الصيانة حين تنظيمه لأحكام عقد الإيجار بنص المادة 479 من القانون المدني الجزائري[1]، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المصري في نص المادة567 من القانون المدني، وعرف بعض شراح القانون الإصلاحات الضرورية على أنها تلك الإصلاحات التي تكون لازمة لانتفاع المتهايئ، ولا تكون لمجرد تحسين مظهر العين المتهايئ عليها او تجميلها، سواء كانت لازمة لو غير لازمة، ولا يشترط في أن يكون الدافع من ورائها حفظ المال من الهلاك.

ويتحمل جميع الشركاء تكاليف الإصلاحات الضرورية لأنها تعود بالنفع على الجميع، ومثال ذلك تصدع البنايات أو تشقق الأسقف نتيجة الرطوبة، أو هشاشة حاجز السلم نتيجة قدمه، وإذا امتنع الشركاء عن إجراء الاصلاحات الضرورية كان للشريك المتهايئ أن يوجه لسائر الشركاء إعذار، كما يجوز للشريك المنتفع أن يطلب فسخ عقد المهايأة والمطالبة بالتعويض وذلك وفقا لأحكام المادة 480 من القانون المدني الجزائري[2]، وإذا تطلبت الترميمات تدخل عاجل كان للشريك ان يجريها على حساب الشركاء في قسمة المهايأة[3].

وفي مقابل التزام الشركاء في صيانة المال المشاع، لا يجوز للشريك سائر الشركاء من التدخل في حيازته للمال لإجراء الإصلاحات الضرورية، وإذا كان في هذا التدخل إنقاص من منفعة المال المشاع

[1] – ق.م.ج المادة479 المعدلة:" يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم.
ويجب عليه ان يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار، دون الترميمات الخاصة بالمستأجر.
ويتعين عليه أن يقوم لا سيما بالأعمال اللازمة للأسطح من تحصيص وأعمال تنظيف للآبار وكما يتعين عليه صينة وتفريغ المراحيض وقنوات تصريف المياه.
يتحمل المؤجر الرسوم والضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجرة."

[2] – ق.م.ج المادة 480 المعدلة:" في حالة عدم تنفيذ المؤجر التزامه بالصيانة وبعد إعذاره بموجب محرر غير قضائي، يجوز للمستأجر المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار، دون الإخلال بحقه في التعويض.
إذا كانت الترميمات مستعجلة، جاز للمستأجر أن يقوم بها على حساب المعني بها."

[3] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 262.

كلن له أن يطلب الفسخ ولكن حقه في هذا الأخير يسقط إذا بقي في العين المؤجرة بعد تمام الترميمات وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 482[1].

أما في ما يتعلق بالإصلاحات البسيطة أو الثانوية فيرى جانب من الفقه القانوني أنها تقع على عاتق الشريك المتهايئ، وهو الموقف الذي تبناه المشرع المصري صراحة في نص المادة582 من القانون المدني، أما في التشريع الجزائري فنستخلص حكم الترميمات البسيطة من العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة 479 السالفة الذكر حينما نص "... دون الترميمات الخاصة بالمستأجر..." وهو ما أشار إليه كذلك في المادة 494 من نفس القانون[2]، والعلة في تحميل الشريك المتهايئ بالإصلاحات البسيطة، هو أنه على خلاف الاصلاحات الضرورية التي تكون الحاجة تدعوا إلى إصلاحها لتمكين الشريك المتهايئ من الانتفاع الكامل بالعين الشائعة، العبرة في الاصلاحات البسيطة تكون الضرورة في إجرائها من عمل الشريك المتهايئ، ولأنه يكون هو المستعمل الخاص بها.

وتقدير ما إذا كانت الاصلاحات ضرورية أو غير ضرورية يعود للسلطة التقديرية للقاضي، فيجوز لهذا الأخير أن يحمل كل الشركاء على حسب حصة كل منهم الإصلاحات اللازمة للمال، كما ان التزام الشريك المتهايئ بالإصلاحات البسيطة ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ان يتحملها ولو كان سببها قوة قاهرة أو خطأ الشركاء باستثناء حالة الغش والخطأ الجسيم، ويجوز للشركاء أن يقوموا بالإصلاحات البسيطة على نفقة المتهايئ، كما لهم أن يطلبوا في حالة ما إذا رفض إجرائها فسخ المهايأة وطلب التعويض إذا ما تضرروا من عدم إجراء المتهايئ لهذه الإصلاحات[3].

على الشريك المتهايئ عند انتهاء المدة المتفق عليها للانتفاع بالمال المشاع أن يرد العين، وذلك استنادا لنص المادة 502 و503 المعدلة من القانون المدني الجزائري ويقابل ذلك في التشريع المصري نص المادة 591 من التقنين المدني، فيلتزم الشريك المتهايئ عند انتهاء نوبته إرجاع العين إلى الشركاء ولا يشتمل الرد على العين فقط بل حتى على ملحقاتها ، وإذا تقاعس الشريك في الرد او تأخر جاز للشركاء المطالبة بتعويض بسبب الضرر الذي لحقهم من جراء ذلك، لأن المهايأة تقوم على الانتفاع

---

[1] – ق.م.ج المادة 482 المعدلة:" لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة الضرورية لحفظ العين المؤجرة.

غير انه إذا ترتب على إجراء هذه الترميمات إخلال كلي أو جزئي في الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستأجر، حسب الحالة، طلب فسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار.

إذا بقي المستأجر في العين المؤجرة بعد إتمام الترميمات فليس له حق طلب الفسخ."

[2] – ق.م.ج المادة 494 المعدلة:" يلتزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار والجاري العمل بها ، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك."

[3] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 200.

المشترك بين الشركاء وسواء كانت المهايأة زمانية او مكانية فهي مقيدة بمدة معينة يتعين عند انتهائها إرجاع المال إلى الشركاء أو تسليمه للشريك التالي ليتناوب بدوره على المال.

وطريقة الرد تتم بنفس طريقة التسليم، عن طريق محضر يثبت رد العين إلى الشركاء ويشتمل المحضر على فعل الرد والحالة التي تم فيها رد المال، والمفترض في الشريك المتهايئ أن يرد العين إلى الشركاء بنفس الحالة التي استلمها منهم، اما غذا لحق العين تلف او هلاك كان المتهايئ مسؤولا عن هذا التلف، وإذا لم يحرر محضر بالرد افترض أن الشركاء قد تسلموا العين بحالة جيدة، ولكنها قرينة قابلة للإثبات العكسي ويقع على الشركاء إثبات التلف الذي تسبب به المتهايئ في نوبته.

إلا أنه وفي بعض الحالات قد يكون تورط الشريك المتهايئ غير مضر للمال المشاع، بل محسنا له كما لو أضاف بعض التحسينات التي من شأنها ان تساعد في الانتفاع بالمال المشاع، فيكون مصير تحمل الاموال التي صرفها الشريك بين ثلاث انواع من المصروفات:

المصروفات الضرورية: وهي تلك الأموال التي أنفقها الشريك للحيلولة دون تلف العين أو هلاكها، فيلتزم الشركاء برد ما أنفقه الشريك سواء كانت بناء على موافقة الشركاء أو من تلقاء نفسه وهذا ما نصت عليه المادة 980 من القانون المدني المصري.

المصروفات النافعة: وهي تلم المصروفات التي جعلت المال أكثر صلاحية كتطهير المصاريف للقطع الزراعية أو غرس الأشجار والبناء إحاطة المال القطعة الأرضية بسياج أو جدار يساعد على حفظها من الدخلاء، فهذا النوع من المصروفات يجب على الشركاء ردها للشريك المتهايئ إذا قام بها بناء على موافقة الشركاء، أما إذا قام بها من تلقاء نفسه لا يجوز له المطالبة بها، وإذا عارض الشركاء على هذه المصروفات وجب عليه إزالتها على نفقته على أن يرد المال على الحالة التي استلمها ولهم ان يطالبوا بالتعويض، كما يحق لشركاء إبقاء المنشئات أو الإضافات النافعة مع دفع أقل القيمتين بين قيمة الزيادة أو ما زاد في قيمة العين بسبب هذه الإضافات، وهذا ما قرره المشرع المصري في المادة 592.

المصروفات الكمالية: وهي المصروفات التي ينفقها الشريك لتزين العين المتهايئ عليها، كتزين الحدائق بالزهور أو طلاء القارب من أجل الزينة أو ما شابه ذلك من الأمور الكمالية ، فكلها من المصروفات الكمالية التي لا تلزم الشركاء بردها ويحق للشريك إزالتها دون أتلاف العين، وإرجاعها إلى حالتها الأولى، ما لم يقرر الشركاء إبقائها مقابل دفع قيمتها، وهذا ما نص عليه المشرع المصري صراحة في المادة 2/850 من القانون المدني[1].

[1] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 240.

ولدى الفقه الإسلامي على المتهايئ في قسمة المنافع أن يؤدي كل ما هو ضروري لصيانة المال، ويتحمل بدوره كل النفقات المتعلقة بالمال من أجل استغلاله، والحكمة من ذلك الحفاظ عليه لتمكين الشركاء المتبقين من الانتفاع به[1].

إن خضوع المهايأة لأحكام عقد الإيجار يرسم للشركاء المشتاعين حقوق ويحملهم التزامات، فيحق للشريك في الشيوع أن يستعمل المال المشاع و أن يستغله، كما يحق للشريك المتهايئ أن يضمن له الشركاء عدم التعرض في نوبته وأن يضمنوا له العيوب الخفية التي تكتنف المال والتي تصعب عليه الانتفاع بالمال، ومقابل هذه الحقوق يلتزم الشركاء في المهايأة بصيانة العين والمحافظة عليها، إلى حين تسلمها لضمان الانتفاع بها سيما في المهايأة الزمانية التي تقوم على أساس التداول على المنفعة.

الفرع الثاني: انقضاء قسمة المهايأة

تنقضي المهايأة كعقد ينتفع فيه بالمال المشاع، بالطرق والأشكال المقررة لانقضاء العقود عامة وانقضاء عقد الإيجار خاصة، ويمكن تصنيف انقضاء قسمة المهايأة صورتين، فتنقضي قسمة المهايأة بطريقة غير إرادية كما لو انقضت مدة قسمة المهايأة المتفق عليها أو إذا هلك المال المشاع محل المهايأة، ففي كلتا الحالتين تنقضي قسمة المهايأة دون حاجة إلى اتفاق بين الشركاء، بينما الانقضاء الارادي لقسمة المهايأة يتم بإرادة أحد أو كل الشركاء فتنقضي قسمة المهايأة إذا كانت باطلة كما لو كانت إرادة أحد الشركاء معدومة أو ان الشركاء أو بعضهم رفض تنفيذ أحكامها فيجوز طلب فسخها، كما تنقضي قسمة المهايأة إذا اتفق الشركاء على إنهاء قسمة المهايأة.

أولا: الانقضاء غير الإرادي لقسمة المهايأة

يقصد بالانقضاء غير الارادي زوال قسمة المهايأة بسبب وقائع قانونية لا شأن للشركاء فيها، ومثال ذلك هلاك المال المشاع، او انقضاء مدة التهايؤ في المال المشاع، كما تنقضي قسمة المهايأة كما لو صدر حكم يقضي ببطلان سند ملكية المال سواء كان الشركاء في الشيوع الملاك المباشرين كما لو كان مصدر الشيوع سند الملكية باسم الشركاء، أو كان الشركاء ملاك غير مباشرين كما في حالة الميراث، فالمهايأة تمت بينهم على مال تركه مورثهم بغض النظر عن ملكيته الحقيقية.

1- انقضاء قسمة المهايأة لهلاك المال محل المهايأة

لم يتطرق المشرع الجزائري لانقضاء المهايأة لهلاك المال حين تنظيمه للمال المشاع، ولكن يمكن استخلاص أحكامها بالرجوع للقواعد العامة للقانون المدني، إذ ينص المشرع الجزائري في المادة 121

---

[1] –محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص275.

المعدلة من القانون المدني الجزائري على الانفساخ في العقود الملزمة لجانبين في حالة استحالة التنفيذ[1]، وهو ما تطرق إليه المشرع المصري في المادة 159 من القانون المدني.

وتتحقق حالة استحالة التنفيذ المرتبة لانقضاء الالتزام، الاستحالة التي ترجع إلى سبب أجنبي لا علاقة لها بالشركاء، كالقوة القاهرة مثلا، أو خطأ الغير وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 307 من القانون المدني الجزائري والذي يقابلها في التشريع المصري نص المادة 383 من القانون المدني[2].

وبتطبيق أحكام هذه المواد على عقد قسمة المهايأة على اعتبار أنه عقد ملزم لجميع الشركاء المتهايئين، يترتب على هلاك العين محل المهايأة انفساخ العقد من تلقاء نفسه، ويقصد بالهلاك الذي يقضي على المهايأة بالهلاك الكلي الذي يجعل تنفيذ العقد مستحيلا، ومثال ذلك ان يتعلق الأمر ببناية وتهدمت نتيجة فيضانات أو زلزال، كما يعد هلاكا كليا احتراق البناية رغم بقاء الجدران، وتنقضي معه قسمة المهايأة.

كما يأخذ حكم الهلاك الكلي للمال المتهايئ عليه كما لو تم نزع الملكية الشائعة للمنفعة العامة أو استولت الدولة عليها مثلا، لان كل من هذه الحالات من شأنه أن يحول دون الانتفاع بالعين طول مدة المهايأة.

ويترتب على هلاك المال المشاع زوال الالتزامات التي تترتب على عاتق الشركاء، ويسري هذا الفسخ على المستقبل فقط، وهذا على خلاف الفسخ الذي ينصرف أثره على الماضي والمستقبل[3].

اما إذا كان الهلاك جزئيا فلا ينفسخ العقد إنما يبقى الخيار للشركاء في الشيوع حق فسخ المهايأة أو المطالبة بالتعويض إذا ثبت مسؤولية الغير.

ويتحقق الهلاك الجزئي إذا أتى على جزء من المال المشاع ورتب ذلك انخفاض في الانتفاع بالمال المشاع، و مثال ذلك ما يترتب على تنفيذ إحدى مشروعات الدولة من حرمان الشريك المتهايئ من زراعة الأرض بسبب الطريق المؤقت الذي أنشئ على الأرض الزراعية، ما ينجم عنه تفويت الغرض المقصود من المهايأة جزئيا[4].

---

[1] – ق.م.ج المادة 121 المعدلة:" في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له ويفسخ العقد بحكم القانون."

[2] – ق.م.ج المادة 307:" ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين ان الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته."

[3] – حموا حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص14.

[4] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 280.

ولدى الفقه الإسلامي يرى بعض الحنفية والحنابلة والإباضية أنه إذا حدث تلف أو هلاك بالعين المشتركة وترتب عنها نقص كبير بسبب هذا التلف كان من حق الشركاء طلب فسخ المهايأة، و يترتب عنه انقضاء المهايأة سواء كان الهلاك جزئيا أو كليا[1].

2- انقضاء قسمة المهايأة بانتهاء المدة

من خصائص قسمة المهايأة أنها قسمة مؤقتة وحل احتياطي إلى حين إجراء القسمة النهائية وقد حدد المشرع الجزائري في القانون المدني مسايرا نظيره المصري مدة التهايؤ بما لا يزيد عن خمس سنوات، وذلك احتراما لرغبة الشركاء في المطالبة بالقسمة النهائية، وعدم إجبار الشركاء على ابقاء على الشيوع نظرا لحالة الشيوع المعقدة.

فإذا اتفق الشركاء على مدة معينة في حدود خمس سنوات على أن ينتفع كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته الشائعة وانتهت المدة انقضت القسمة دون حاجة إلى تنبيه الشركاء بالرغبة في الانهاء لانقضاء المدة، وإذا لم يحدد الشركاء المدة في قسمة المهايأة كانت المدة وفقا لنص المادة 733 من القانون المدني سنة وتتجدد بسنة أخرى ما لم يعلن الشريك الذي لا يرغب في التجديد شركائه برغبته وذلك قبل انقضاء السنة الجارية بثلاثة أشهر، فإذا تم التنبيه انقضت المهايأة بنهاية السنة وهو ما تضمنه المشرع المصري في نص المادة 836 من القانون المدني.

أما في ما يخص المهايأة الزمانية يكون الانتفاع بالمال عن طريق التناوب عليه ولا يجوز أن تزيد نوبة كل شريك على خمس سنوات حتى لا يجبر أحد الشركاء على البقاء في الشيوع لمدة طويلة، كما لا يجوز بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 722 من القانون المدني الجزائري والتي يقابلها في التشريع المصري نص المادة 834 من القانون المدني، أن تتجاوز مجموع نوبات الانتفاع لجميع الشركاء في المرة الواحدة خمس سنوات، ويترتب على ذلك أنه تنقضي المهايأة الزمانية بمضي مدة لا تزيد عن خمس سنوات.

ولدى الفقه الإسلامي يميز الفقهاء بين المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية، ففي ما يتعلق بالمهايأة المكانية يرى الحنفية والشافعية والحنابلة، أن المدة غير واجبة التعيين في المهايأة المكانية كونها قسمة منافع وليست مبادلة فيجوز أن تعقد لمدة غير محدودة، فلا تنقضي المهايأة بسبب عدم تحديد المدة ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وفي حالة اختلاف الشركاء يطرح النزاع على القاضي.

بينما يرى غالبية المالكية أن تحديد المدة في المهايأة المكانية أمر ضروري، إذ يتحدد بها مدة الانتفاع وإلا فسدت المهايأة، وعلى إثر ذلك تنقضي القسمة بانقضاء المدة في المهايأة المكانية.

---
[1] – نفس المرجع، ص 286.

أما في ما يتعلق بالمهايأة الزمانية فذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية والإباضية، إلى ان تعيين المدة في المهايأة زمانا شرط تبطل المهايأة بتخلفه، ويترتب على ذلك انقضاء المهايأة الزمانية بانتهاء المدة المحددة[1].

ثانيا: الانقضاء الإرادي لقسمة المهايأة

يكون الانقضاء إراديا في قسمة المهايأة بتدخل إرادة الشريك أو الشركاء لإنهاء المهايأة، ويكون ذلك إذا باتفاقهم جميعا على فسخ العقد وإنهاء عقد الانتفاع بالمشاع، أو بطلب أحد الشركاء فسخ المهايأة أو بطلانها، كما تنقضي المهايأة بتصرف أحد الشركاء في المال المشاع.

1- انقضاء المهايأة بالتصرف في المال المشاع

تخضع المهايأة وفقا للقانون المدني الجزائري والمصري على حد سواء لأحكام عقد الإيجار ما لم تتعارض المهايأة مع هذه الأحكام، وقسمة المهايأة عقد يتم بين جميع الشركاء بالانتفاع بالمال المشاع، ويجوز إنهائه بإرادة الشركاء.

فتنقضي قسمة المهايأة بموافقة جميع الشركاء كما لو اتفق الشركاء بإجماع على إنهاء القسمة التي ينتفع فيها بالمال المشاع، لأن المهايأة عقد ومثلما تم بموافقة الشركاء مجتمعين يجوز إنهائه بموافقتهم مجتمعين[2].

و من صور انقضاء المهايأة أيضا التصرف في المال المشاع ببيعه، كما لو باع الشركاء المال المشاع و قاموا باقتسام ثمنه ، ففي هذه الحالة لم يتفق الشركاء صراحة على إنهاء قسمة المنافع ولكنهم بتصرفهم بكل المال لمشاع يكونوا قد قرروا ضمنا انهاء حالة الشيوع بالتخلص من قسمة المهايأة على اعتبار أنها حل احتياطي مؤقت لا تنقضي معه حالة الشيوع.

كما تنقضي قسمة المهايأة بتصرف الشريك في حصته الشائعة، لأن القاعدة العامة أن آثار العقد لا تنصرف إلا للمتعاقدين والخلف العام، ما لم تقتضي طبيعة الاتفاق أو نص القانون أن العقد لا ينصرف أثره للخلف العام[1].

---

[1] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4783.

[2] – ق.م.ج المادة 106:" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون."

وبتطبيق أحكام هذه المادة 108 من القانون المدني الجزائري على قسمة المهايأة نستخلص أن تصرف الشرك في حصته الشائعة ببيعها لمشتري من الغير لا ينتقل بموجبه أثر المهايأة إلى المشتري باعتباره خلف خاص، ويترتب عنه انقضاء قسمة المهايأة، ويجب إعادة النظر في قسمة المهايأة، فإذا تم الاتفاق على الانتفاع بالمال المشاع بين الشركاء والمشتري كان عقدا جديدا يسري على الشركاء والشريك اللاحق الذي خلف البائع، أما إذا لم يتفق الشركاء على عقد قسمة جديد، اعتبر الشركاء كأنهم في حالة الشيوع ويجوز لهم بمن فيهم الشريك اللاحق الذي خلف الشريك البائع أن يطلب القسمة النهائية للمال المشاع.

وتنقضي المهايأة أيضا كما لو اتحدت ذمة الشريك المتهايئ وذمة الشريك المتصرف، وأصبحت العين المتهايئ عليها لشخص واحد ومثال ذلك أن يبيع الشركاء حصصهم لشريك واحد.

وتنقضي المهايأة لدى بعض المذاهب الإسلامية، بالتصرف الناقل للملكية في المال المشاع، إذ يرى الحنفية أنه لو باع أحد الشركاء حقه في مال نفذ التصرف وبطلت المهايأة، أما إذا كان البيع فاسدا فيفرق الحنفية بين حالة تسليم المال وعدم تسليمه، فإذا تم التسليم انقضت المهايأة رغم فساد البيع، أما إذا لم يتم التسليم ظل الشركاء على المهايأة، وعند المالكية تبطل المهايأة إذا تم التصرف في المال المشاع تصرفا ناقل للملكية[2].

2- انقضاء قسمة المهايأة بطلب الشريك

قسمة المهايأة عقد بين الشركاء ولكنه كما أسلفت القول ليس عقد أبدي، بالإضافة إلى زوال المهايأة لهلاك المشاع أو لانقضاء المدة او بتصرف الشركاء تنقضي المهايأة إذا طلب أحد الشركاء القسمة النهائية، كما يجوز لأحد الشركاء أن يطلب ابطال أو بطلان القسمة لتخلف شرط من شروطها أو ركن من أركانها كما يجوز طلب فسخ المهايأة إذا لم ينفذ الشركاء اتفاق القسمة.

القاعدة العامة أنه يحق لكل شريك المطالبة بقسمة المال المشاع ما لم يكن مجبرا على البقاء على الشيوع، وإذا أبرم الشريك عقدا مع الشركاء لاقتسام المال المشاع مهايأة يكون ملزما طيلة المهايأة بالانتفاع بالمال المشاع دون اقتسامه عينا، أما إذا انقضت مدة المهايأة جاز لكل من الشركاء

---

[1] – ق.م.ج المادة 108:" ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث." ويقابل هذا النص في التشريع المصري نص المادة 145 من القانون المدني .

[2] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 287.

المشتعاين المطالبة بالقسمة النهائية، كما يجوز للشركاء المطالبة بالقسمة النهائية إذا ما تصرف شريكهم في حصته الشائعة بالبيع، لأن تصرف الشريك تنقضي معه المهايأة، ويجوز للشريك في المهايأة التي لم تحدد فيها المدة أن يطلب القسمة النهائية إذا أعلن لسائر الشركاء قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر بأنه لا يرغب في التجديد.

و لدى الفقه الإسلامي يرى الحنفية أنه إذا طلب أحد الشركاء قسمة العين قسمة نهائية إذا كانت ممكنة، ويكون على القاضي ان يقسم المال ويفسخ المهايأة لأنها كالخلف عن قسمة العين، لأن الأصل هو قسمة العين في ما شرعت له وذلك لتكميل منافع الملك لأنها تجمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ يقوم على التعاقب على المال على خلاف قسمة العين التي تفيد التملك من حيث المنفعة والذات.

وذهب الحنابلة بدورهم إلى انقضاء المهايأة إذا طلب الشريك القسمة النهائية أثناء سريان المهايأة لان قسمة الأعيان هي الأصل وأقوى من المهايأة في استكمال المنفعة[1].

أخضع المشرع الجزائري على غرار سائر التشريعات المهايأة لأحكام عقد الإيجار، هذا الأخير الذي لا ينعقد إلا إذا كان مكتوبا وله تاريخ ثابت تحت طائلة البطلان، ولم يحدد المشرع الجزائري شكلا محددا لقسمة المهايأة، فيجوز إثباتها بعقد رسمي، كما يجوز إثباتها بعقد عرفي له تاريخ ثابت وذلك وفقا للمادة 467 مكرر من القانون المدني، ويتحمل عبء إثبات المهايأة في حالة النزاع رافع الدعوى[2].

والمهايأة عقد تنطبق عليه الأحكام العامة في العقود فيجوز طلب إبطال المهايأة كما لو كانت إرادة أحد الشركاء معيبة وقت ابرام العقد[3]، ويجوز إبطال المهايأة لمن له مصلحة إذا أبرمت المهايأة وكان بين الشركاء قاصر لم تراعى بشأنه الاجراءات المحددة قانونا بشأنه، كما يجوز طلب البطلان كما لو انعدمت إرادة الشرك المتهايئ في عقد المهايأة أو انعدم المال محل التهايؤ وقت إبرام المهايأة، ويصوغ للشريك المتهايئ أيضا طلب البطلان كما لو تم العقد باتفاق الأطراف دون إفراغه في شكل معين، فرغم عدم تحديده، يصوغ التوجه للموثق وإبرام عقد القسمة الذي ينتفع عيه بالمال المشاع[4].

ويجوز للشرك إضافة إلى طلب الابطال والبطلان أن يطلب الفسخ إذا لم ينفذ الشركاء اتفاق المهايأة، ومثال ذلك أن يتعلق الأمر بقطعة أرض اتفق الشركاء على التناوب عليها كل سنة في نصيب

---

[1] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 292.

[2] بوشنافة جمال، ، مجلة دفاتر السياسة والقانون، مقال بعنوان المنازعات الناشئة عن إيجار السكانات الاجتماعية دراسة تحليلية على ضوء النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الجزائري، العدد السابع طبعة جوان 2012، ص124.

[3] – محمد سعيد جعفور، المرجع السابقً، ص07.

[4] – بومعزة سعيد جعفور، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، تمت مناقشتها في 2004، ص40.

أحدهم واستحوذ عليها أحد الشركاء لأكثر من سنة، في هذه الحالة يكون الشريك قد خالف الاتفاق التي تم بين الشركاء ورفض تنفيذه، ما يجيز لكل من سائر الشركاء طلب الفسخ[1].

ولدى الفقه الإسلامي يجوز للشريك الذي ندم على هذا النوع من القسمة ودفعت به الحاجة أن يطلب الإقالة والتي تأخذ معنى الفسخ والإزالة، فيطلب من الشركاء و إنهاء العقد، وإذا استجيب منه طلب فسخت المهايأة، ويترتب عن ذلك انحلال العقد، ويرى الحنفية أنه إذا كانت المهايأة قضائية، لا يجوز لأحد الشركاء أن ينقضها دون موافقة الآخر، ويجوز فسخها إذا تراضوا جميعا على إنهائها.

أما في ما يتعلق بلزوم المهايأة، فقد اختلف الفقه الإسلامي بشأنه إذ يرى جانب من الفقه لزومها بينما يرى جانب آخر غير ذلك، ويجوز طلب بطلان المهايأة كما لو كان أحد الشركاء عديم الأهلية أو كان المال محل القسمة غير متقوم شرعا كما لو كان خمرا[2].

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية أن المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة، وعلى هذا الأساس يجوز لكل شريك الرجوع عنها، بينما يرى المالكية والإباضية غير ذلك، فعد المالكية إذا حددت المدة في المهايأة كانت لامة لا رجعة فيها، أما إذا لم تحدد المدة فسدت في المال المقسوم متحدا إذا كان متعددا فيرى ابن الحاجب بصحتها وإن كانت غير لازمة، أما ابن عرفة فيرى فسادها وجواز الرجوع فيها، وعند الإباضية المهايأة كالإجارة فيمنع فيها ما يمنع في الإجارة، فالمهايأة عندهم من العقود اللازمة إطلاقا[3].

نخلص من هذا الفرع أن قسمة المهايأة قسمة مؤقتة فمن الطبيعي أن يأتي زمن تنقضي فيه، فتنقضي المهايأة بانقضاء المدة أو بهلاك المال المشاع، كما تنقضي بتحولها إلى قسمة نهائية إذا استمرت لمدة خمسة عشر سنة وتنقضي أيضا بطلب من الشريك، سواء كان طلب الشيك إجراء القسمة النهائية واستجاب الشركاء لطلبه، أو كان الطلب قضائيا بإبطال أو بطلان القسمة أو بفسخها.

ونستخلص من هذا المبحث أن المهايأة حل احتياطي ومرحلة انتقالية نظم المشرع الجزائري أحكامها على غرار التشريعات العربية نظرا لطبيعة الشيوع غير المرغوب فيها، وإن كانت المهايأة قسمة إلا أنها حل احتياطي إلى حين القسمة النهاية، بل وغالبية القضايا المتعلقة بقسمة المال المشاع غابا ما تنتهي بالقسمة النهائية لأنها الحل الأمثل لمشاكل الشيوع وخير دليل على ذلك ندرة قرارات المحكمة العليا المتضمنة لقسمة المهايأة وذلك على خلاف القضاء المصري، إذ يكفي أن يطلب أحد الشركاء المتهايئين القسمة النهائية أمام القاضي ليستجيب له هذا الأخير وفي حالة استحالة القسمة يلجأ إلى قسمة التصفية.

---

[1] – حمو حسينة، المرجع السابق، ص 18.

[2] – محمد حسين المرجع السابق، ص15.

[3] – حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 289.

فبالرغم من شرعية المهايأة إلا أنها حل مؤقت ينقضي إما بدون رغبة الشركاء بانقضاء المدة المتفق عليها أو بتحولها إلى قسمة نهائية إذا دامت خمسة عشر سنة كما تنقضي بهلاك المال محل التهايؤ، وتنقضي المهايأة بتدخل أحد الشركاء وطلبه الفسخ كما لو امتنع أحد أو بعض الشركاء عن تنفيذ الاتفاق، أو الإبطال كما لو كانت أهلية أحد الشركاء ناقصة وقت التهايؤ أو كانت إرادة الشرك معيبة أو تخلفت الشكلية على اعتبار أن المهايأة عقد تنطبق عليه أحكام عقد الإيجار.

وخلال المهايأة يلتزم الشركاء اتجاه بعضهم البعض بالعديد من الالتزامات و ذلك لضمان استمرارية الانتفاع بالمال المشاع إلى نهاية المهايأة، ومهما تعدد صور المهايأة يبقى هدفها الانتفاع بالمال المشاع إلى حين القسمة النهائية، هذه الأخيرة التي تحدد مصير المال المشاع الذي يقسم إما عينا إذا أمكن ذلك وإما تصفية.

المبحث الثاني: طرق إجراء القسمة النهائية للمال المشاع

تشكل القسمة النهائية الخلاص والمنفذ لمشاكل الشيوع، فالطبيعة المعقدة لهذا الأخير تدفع بالشركاء للمطالبة بإنهاء مشاركة المال مع الغير، وتختلف طرق إجراء القسمة النهائية بحسب طبيعة المال فإذا اشتملت الأموال الشائعة على العديد من الأموال بالنظر إلى عدد الشركاء، أو كان المال يقبل القسمة، فيقسم عينا، ويختص كل شريك بجزء من المال حسب السهم الذي يملكه، أما إذا كانت الأموال قليلة أو أن القسمة من شأنها أن تلحق ضررا بالمال محل القسمة فيتم تصفيته ببيعه بالزاد واقتسام ثمنه.

ولكل صورة من صور هذه القسمة أحكام تنفرد بها كل قسمة عن غيرها، ففي الصورة الأولى يؤول المال لا محال لجميع الشركاء فيقسم بينهم، بينما في الصورة الثانية يباع المال المشاع بالمزاد العلني ويأخذ كل شريك ما يقابل حصته نقدا.

المطلب الأول: القسمة العينية للمال المشاع

يتمخض عن إجراء القسمة عينا إفراز نصيب الشريك من المال، وانفراده بنصيب خاص به سواء كان ذلك بطريق التجنيب أو القرعة وفي حالة استحالة تمكين كل شريك بجزء مفز موازي لحصته الشائعة يلجأ إلى قسمة المعدل.

فالقسمة العينية تجرى على المال الذي يقبل القسمة عينا دون أن يتضرر من جرائها ولا تجعل من الصعب الانتفاع به بعد إجرائها، فإذا كان المال المشاع بناية بطابقين وطابق أرضي يحوي محلات تجارية وكان عدد الشركاء اثنين فمما لا شك فيه أن المال سيقل القسمة عينا، على خلاف ما إذا كان المال المشاع عبارة عن شقة في عمارة وكان فيها أكثر من شريك فمما لا شك فيه أنها لا يمكن قسمتها بدون ضرر [1].

والقسمة العينية هي قسمة نهائية تنتهي بها حالة الشيوع، ولا يتحقق المعنى من هذه القسمة إلا بحصولها على الملك نفسه لا على المنفعة، لأن المعنى الضيق للقسمة هو الذي يترتب عليه إزالة الشيوع[2].

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 99.

[2] – مخمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 92.

الفرع الأول: صور القسمة العينية

للقسمة العينية للمال المشاع عدة نماذج وأشكال في مقدمتها القسمة بتكوين الحصص ويتم تحديد الحصص على أساس أصغر نصيب سواء كانت القسمة اتفاقية أو قضائية جزئية أو كلية، وإذا استحال ذلك يعمد إلى قسمة التجنيب بتحديد جزء مفرز لكل شريك في المال المشاع كل حسب حصته الشائعة، وإذا تعذر استفاء الحصة الكاملة من الشريك بعوض بما نقص عن حصته بمبلغ من النقود بموجب قسمة المعدل.

وأكثر شخص كفاءة لمعرفة الصورة المثلى لقسمة المال المشاع هو الخبير، هذا الأخير الذي تندبه المحكمة أو الشركاء بمعرفتهم الشخصية لإجراء القسمة.

أولا: قسمة المال بتكوين الحصص

يتم بموجب هذا النوع من القسمة تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ثم يتم إجراء القرعة عليها[1]، ومثال ذلك أن يكون المال المشاع عبارة عن قطعة أرض مشاعة بين ثلاث شركاء يملك أحدهم الثلث والآخر النصف والشريك الثالث السدس، فيتم تقسيم المال إلى ست حصص ويتم إجراء القرعة عليها.

فإذا كان المال المشاع في المثال السابق قطعة أرض مساحتها 300 متر مربع يتم تقسيم القطعة إلى أسداس (أنصبة قدرها 50 متر مربع وهو حاصل قسمة مساحة القطعة على ستة) فيكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس(أي 150 متر مربع) ولصاحب الثلث السدسين (100 متر مربع) ويكون لصاحب السدس سدس واحد (بمعنى 50متر مربع)، ويتم توزيع هذه الحصص بإجراء القرعة عليها.

وتبنى المشرع الجزائري هذه الطريقة في القسمة في الفقرة الأولى من المادة 725 من القانون المدني وأجاز إجرائها في قسمة المال المشاع كلية كانت أو جزئية، سواء اشتملن على مجوع الأموال الشائعة أو عين مشاعة بالذات إذ نص :" يكون الخبير على أساس الحصص على أساس أصغر نصيب، حتى ولو كانت القسمة الجزئية."

أول ما يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع خول المهمة إلى الخبير فلم يحدد إذا ما كانت القسمة على هذا الوجه اتفاقية أو قضائية، وفي الوقت الذي يرى فيه جانب من الفقه أن القسمة المقصودة هنا هي قسمة قضائية[2]، على أساس أن الخبير يتم تعيينه قضائيا من طرف المحكمة من قائمة الخبراء

---

[1] – محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر لسنة 2005، ص 161.

[2] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 245.

القضائيين ليتولى مهمة القسمة[1]، يرى جاني آخر من الفقه أن القسمة هنا تشمل على القسمة الاتفاقية أو القضائية ويستوي في ذلك أن يكون أحد الشركاء ملما بشؤون القسمة ويقسمها على أساس أصغر نصيب ويتم إجراء القرعة عليها[2].

وتبني المشرع المصري هذا النوع من القسمة في القانون المدني في الفقرة الأولى من المادة837 بنصها:" يكون خبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية، فإذا تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته[3]."

فالمشرع المصري وعلى غرار المشرع الجزائري أجاز المشرع المصري إجراء القسمة على أساس أصغر نصيب في القسمة الكلية أو الجزئية، وهو ذهب إليه المشرع الليبي في قانون المرافعات حين شرحه لكيفية إجراء القسمة وذلك في المادة 787 فقرة أولى من قانون المرافعات بنصها:" يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب ولو كانت القسمة جزئية، فإذا تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته[4]."

وتطرق المشرع اللبناني بدوره إلى القسمة العينية على أساس الأنصبة في المادة 942 الفقرة الثانية والثالثة من قانون الموجبات والعقود اللبناني بنها:" وعلى المحكمة أن تستعين بأهل الخبرة لتقويم المال الشائع وقسمته عينا دون أن تفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة مع مراعاة خصائص كل قسم وتأمين استقلاله بقدر الامكان بحقوق الارتفاق .

على القاضي أن يعين طريقة القرعة مراعيا مصلحة الشركاء فيما تستلزمه من جمع الأنصبة كل منهم أو تفريقها[5]."

---

[1] – يجب أن يكون الخبير مختص في المجال الذي عين من أجله ف من غير المعقول تعيين خبير غير مختص في مجال العقارات مثلا وكانت الأموال الشائعة مجموعة عقارات مملوكة على الشيوع وللقاضي إذا لم يتوفر خبير مختص لدى المحكمة المرفوع أمامها النزاع أن يعين خبير يعمل في خارج دائرة اختصاص المجلس القضائي أو يعين خبير غير مقيد في جدول الخبراء، عن هذه الملاحظة أنظر يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعةأ اكتسابها– إثباتها– حمايتها– إدارتها– قسمتها على ضوء القانون الجزائري وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة للنشر، طبعة 2015، ص 161.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني المرجع السابق، ص 100.

[3] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 920.

[4] – إبراهيم أبو النجا المرجع السابق، ص 123.

[5] – ق.م.ع.ل.

ما يلاحظ أن المشرع اللبناني جعل قسمة المال المشاع على أساس أصغر نصيب مرهونا للقضاء وإضافة لجواز تعيين الخبير الذي يقوم بهذه العملية تطرق المشرع على تحديد القاضي المعروض عليه قسمة المال المشاع كيفية القرعة بالنظر إلى مصلحة الشركاء.

وفي التشريع الأردني جعل المشرع الأردني قابلية المال للقسمة مرتبط بالمنفعة، فإذا كانت من شان القسمة تفويت المنفعة التي كانت قائمة قبل القسمة فلا مجال في قسمة المال عينا، اما إذا كانت القسمة ممكنة مع بقاء المنفعة فتجرى القسمة عينا وهذا ما نص المشرع الأردني صراحة في المادة 1043 من القانون المدني إذ نص على أنه :" يجب أن يكون المال المشترك قابل للقسمة بحيث لا تفوت المنفعة المعقودة منه[1]."

ولدى الفقه الإسلامي تتم القسمة العينية للمال المشاع بإحدى الطرقتين عن طريق قسمة الجمع أو قسمة التفريق، ففي قسمة الجمع يقسم المال عينا ويختص بموجب هذا الصنف من القسمة شريك من الشركاء بمال معين فيتم جمع نصيبه في جميع المال المشترك في مال معين وينفرد لوحده بملكية عين معينة دون الأموال الأخرى.

هذا النوع من القسمة له إيجابياته وله سلبياته، فمن شأنه أن يفرد أحد الشركاء بمال يرغب في تملكه لوحده كما لو كان الأمر يتعلق بعدة أموال شائعة وكان من بينها محل تجاري كان يسيره أحد الشركاء ويتم بموجب القسمة افراز المحل التجاري في نصيب الشريك الذي كان يسيره من خلال جمع أنصبته في جميع الأموال في مال واحد، ولكن من شأن هذا النوع من القسمة أن يخلق نوع من اللامساواة بين الشركاء فمن غير العدل ولو كانت حصة الشريك قليلة أن نفرد له مال قد لا يرغب في تملكه أو انه لا مصلحة له فيه، لذا من الأفضل أن ينتهج الشركاء قسمة التفريق بتقسيم كل عين من الأموال الشائعة بين الشركاء على حدى بين الشركاء كل حسب حصته الشائعة، وهذا جائز إذا كان ممكنا كما لو تعلق الأمر بكميات من القمح أو بقطيع من الماشية أو العقارات الكثيرة.

والجذير بالذكر هو أن الشريعة الاسلامية لا تجبر الشركاء على البقاء في ملكية المال المشترك وفي مقابل ذلك لا تجيز القسمة في المال الأحاد لأنها تفسده كالمجوهرات مثلا أما التشريعات القانونية المعاصرة إضافة إلى استحال قسمة المال، تمنع إجراء القسمة حتى في حالات وجود اتفاق أو نص صريح يقضي بالبقاء في الشيوع ولو لمدة معينة[2]، وهذا على خلاف المشرع اللبناني الذي أجاز القسمة

---

[1] – وليد نجيب القسوس، المرجع السابق، ص 169.

[2] علي خفيف المرجع السابق، ص 86.

في جميع الحالات إذ نص في المادة 840 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه:" لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع فلكل شريك أن يطلب القسمة، وكل نص مخالف يكون باطلا[1].".

ويشترط الفقه الاسلامي لصحة القسمة بطريق القرعة وجوب مراعاة القاسم سهم كل شريك في المال، ويقوم القاضي بتجزئة المال إلى أجزاء متساوية بالنظر إلى أصغر سهم ويقوم بترقيم الأجزاء، ثم تجرى القرعة ويختص كل شريك بنصيبه عينا من المال حسب حصته[2].

ثانيا: قسمة المال المشاع بطريق التجنيب

التجنيب في قسمة المال المشاع طريقة للقسمة يتم بموجبها تحديد جزء خاص بكل شريك في المال المشاع عينا، على أن يكون ذلك الجزء وفقا لحصة الشريك في المال المشاع، ويتم إجراء هذا النوع من القسمة إذا تعذر إجراء القسمة على أساس أصغر نصيب، وإذا كانت هذه الأخيرة ممكنة ولكن رغبة الشركاء انصرفت باتفاقهم جميعا إلى إجراء القسمة بطريق التجنيب.

وتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الصنف من القسمة في المادة 725 فقرة ثانية:" وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقصه من نصيبه."

أول ما يجب إثارته في هذا الصدد هو أن المشرع الجزائري حينما نقل نص المادة 725 من القانون المدني المصري (837 من القانون المدني) حذف عبارة من الفقرة الأولى والتي تعطي للنص المعني السليم فالأصل في القسمة أن تتم على أساس أصغر نصيب على النحو الذي أسلفنا ذكره، وإذا تعذر ذلك لجأ الشركاء إلى قسمة التجنيب بأن يفرز نصيب كل شريك في المال المشاع على ان يختص كل شريك بجزء يوازي حصته الشائعة، وفي حالة تعذر تجنيب نصيب الشريك في المال المشاع يتم تصفية المال ببيعه بالمزاد، وهذا ما تشير إليه المادة 837 من القانون المدني المصري صراحة بنصها:" يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية، فإذا تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته.

وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه[3]."

إن حذف المشرع الجزائري لعبارة " فإذا تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته" دفع بالعديد من الباحثين إلى الاعتقاد بأن قسمة التجنيب هي خطوة من خطوات

---

1 – ق.م.ع.ل.

2 – محم عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 444.

3 – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص920.

القسمة العينة[1]، في حين انها صنف ونوع من أنواع القسمة العينية تأتي في المرتبة الثانية بعد استحالة إجراء القسمة على أساس أصغر نصيب، يتم بموجبها فرز نصيب كل شريك في المال المشاع بحسب حصته الشائعة وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه[2].

ويقابل نص المادة 837 من القانون المدني المصري نص المادة 790 و791 من القانون المدني السوري، ونص المادة 787 من القانون المدني الليبي[3]، وفي التشريع العراقي نص المشرع في المادة 1082 فقرة 2 و3 و4 على أنه: "فإذا تبين للمحكمة أن المشاع قابل للقسمة قررت إجراءها، ويعتبر المشاع قابل للقسمة إذا أمكنت قسمته من غير أن تفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة من القسمة.

فإذا كان المشاع عقار، تمسح الأرض وتفرز الحصص على أساس أصغر نصيب، على أن يراعى فيها الموقع والجودة وجميع الميزات الأخرى، ويراعى كذلك بقدر الامكان أن تستغل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق، وتعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء أنفسهم، فإن لم يتفقوا عينها الحاكم بمعرفة الخبير، وإذا تعذر أن يختص كل أحد من الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض عما نقص من القيمة بمعدل ولو من النقود، وتوزع الحصص بالقرعة ، وبتمامها تتم القسمة فتصدر المحكمة حكما بتأييدها.

وإذا كان المشاع منقولا، يفرز إلى حصص متعادلة بالقياس المعتاد استعماله في قياس نوعه، وتوزع على الشركاء."

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع العراقي فصل في شرح القسمة العينية، وتبنى نفس المعيار الذي أخذ به المشرع الأردني الذي أجاز القسمة العينية ما لم تفوت على الشركاء منفعة المال المقسوم[4]، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود إذ نص في المادة 942 فقرة ثانية على أنه: "فإذا كان لأحد الشركاء عقار ملاصق للعقار المشترك، فلا تجري القسمة بطريق الاقتراع، بل يعطي الشريك نصيبه من القسم الملاصق إذا لم يكن في ذلك إضرارا بمصلحة الشركاء الآخرين[5]"

---

[1] – عبد المجيد رحابي، المرجع السابق، ص 78.
[2] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 922.
[3] – إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 122.
[4] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 921.
[5] – ق.م.ع.ل.

والمشرع اللبناني يخرج عن القاعدة الأصلية التي تفيد بإجراء قسمة على أساس أصغر نصيب ويتم فرز الحصص وتجنيب لكل شريك جزء حسب حصته وإذا كان لأحد الشركاء عقار ملاصق للعقار المملوك على الشيوع فلا تجرى القرعة ويمنح للشريك جزء ملاصق للعقار الي يملكه.

هذا الامتياز الذي خوله المشرع اللبناني للشريك في الشيوع لم ينفرد به لوحده بل تبناه المشرع الفرنسي في القانون المدني والذي أجاز بدوره للشريك أن يطلب تخصيص عين من الأعيان الشائعة أو جزء منها، فيحق لزوج المتوفى أو الورثة المتقاسمين طلب تخصيص مال معين بالأولوية أو التفضيل على ان يقع في نصيبه ولو كانت القسمة بمعدل إذا اقتضت الضرورة[1]، على أن تتوافر في طالب هذا الامتياز شروط معينة، إذا تعلق الأمر بمؤسسة فلاحية تجارية صناعية أو حرفية أو أعمال حرة، إذا توفرت الشروط أو جزء منها، كما يمكن أن يشمل هذا الامتياز الحقوق الاجتماعية في الشركات دون المساس بالأحكام القانونية للشركات، أو بنود العقد الأساسي للشركة التي تقضى باستمرارية الشركة مع الزوج أو أحد أو عدة ورثة[2].

وحددت المادتان 831 و 831-2[3] من القانون المدني الفرنسي الأموال التي يجوز أن تكون محل طلب هذا الامتياز في القسمة وهي:

---

[1] – Corinne Reunault Brahinsky, Doit des Successions, 6eme édition lextenso édition,P163.

[2] – Art. 831. c.civ.fr.:" Le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s'il y a lieu, de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise, même formée pour une part de biens dont il était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès, à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement. Dans le cas de l'héritier, la condition de participation peut être ou avoir été remplie par son conjoint ou ses descendants. S'il y a lieu, la demande d'attribution préférentielle peut porter sur des droits sociaux, sans préjudice de l'application des dispositions légales ou des clauses statutaires sur la continuation d'une société avec le conjoint survivant ou un ou plusieurs héritiers."

[3] – Art. 831-2. c.civ.fr.:" Le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut également demander l'attribution préférentielle : 1° De la propriété ou du droit au bail du local qui lui sert effectivement d'habitation, s'il y avait sa résidence à l'époque du décès, et du mobilier le garnissant ; 2° De la propriété ou du droit au bail du local à usage professionnel servant effectivement à l'exercice de sa profession et des objets mobiliers à usage professionnel

1- المؤسسة أو جزء من المؤسسة الفلاحية التجارية الصناعية الحرفية أو الحرة إذا كانت تشكل وحدة اقتصادية، وعلى طالب هذا الامتياز ان يبدي رغبته في هذا الحق قبل افتتاح التركة وقسمة الأموال.

2-حصة شائعة من الأموال إذا كان المتوفى شريك في المؤسسة بسهم معين.

3-محل السكن أو المنقولات في العين المؤجرة، فإذا كان المتوفى مالكا للمحل كان طلب الامتياز على ملكية العين أما إذا كان المتوفى مستأجرا كان محل طلب الامتياز حول عقد الايجار أو ملكية الموال في العين المؤجرة.

4- المحل ذو الطابع المهني سواء تعلق الأمر بالملكية او حق الايجار وحتى المنقولات ذات الاستعمال المهني سيما التي تساعد في ممارسة المهن الحرة.

5-المعدات والأدوات المستخدمة في الفلاحة إذا كان الوارث مستفيد من عقد ايجار ساري المفعول أو بموجب عقد جديد[1].

تجدر الاشارة إلى مسألة هامة وهي أن هذا النوع من الامتيازات في القسمة يكون في القسمة القضائية دون الاتفاقية لأنه على الراغب في عين معينة في المال المشاع أن يقدم طلب إلى القضاء ويثبت مصلحة خاصة في هذه العين، كما أن هذا النوع من الامتيازات يكون في الميراث كمصدر للشوع والملكية المشتركة للزوجين، وحتى في الشيوع الذي مصدره الاتفاق وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر من الغرفة المدنية في 7 جوان 1988[2].

و يجوز للقاضي بناء على طلب أحد الشركاء، تخصيص نصيبه في عين من الأموال الشائعة في الحالة التي يرغب فيها سائر الشركاء البقاء في حالة الشيوع[3].

وهذا الامتياز في قسمة التركات أجازه المشرع الأردني للشريك الذي يطلب تخصيص عين من أموال التركة متى كان مضطلع به وتحسم حصته من نصيبه في التركة إذ نص في المادة 1115 من القانون المدني:" إذا كان بين أموال التركة ما يستغل زراعيا أو صناعيا أو تجاريا، ويعد وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، ولم يتفق الورثة على استمرار العمل فيها، ولم يتعلق بها حق الغير وجب تخصيصه لمن

---

garnissant ce local ; 3° De l'ensemble des éléments mobiliers nécessaires à l'exploitation d'un bien rural cultivé par le défunt à titre de fermier ou de métayer lorsque le bail continue au profit du demandeur ou lorsqu'un nouveau bail est consenti à ce dernier

1– – Pierre Voirin –Gilles Goubeaux, ,op.cit, p257

2 – Pierre Voirin –Gilles Goubeaux, ,op.cit, p256

3– Yvaine Buffelan-Lanore , Doit Civil 11eme édition Dlloz , p574.

يطلبه من الورثة، إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به بشرط تحديد قيمته، وحسمها من نصيبه في التركة، فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع به، خصص لمن يعطي من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن قيمة المثل[1]."

ولدى الفقه الإسلامي تتخذ قسمة الأعيان بطريق التجنيب وجهين، فتكون قسمة تفريق بأن تقسم كل عين من أعيان المال المشاع على حدى ويأخذ كل شريك نصيبه عينا، منها فلو كان المال المشاع عدة عقارات مملوكة على الشيوع يتسم تقسيم كل عقار بين الشركاء حسب سهم كل شريك، ولهذه الطريقة سلبياتها فهي تؤدي إلى تجزئة العديد من الأموال بين عدة مالكين كما أنها قد لا تحقق النفع للشركاء سيما في الأموال التي لا تتطلب قسمة من هذا النوع كالمحلات التجارية أو الشقق في البنايات، والصنف الثاني وهو أحسن نوع بالمقارنة مع قسمة التفريق، وهي قسمة الجمع إذ يتم تجميع نصيب الشريك في الأموال الشائعة في عين واحدة من المال المشاع لينفرد بعين واحدة ن المال بدلا من أن تكون لديه أجزاء متفرقة بين عدة أموال، ولهذا النوع أيضا سلبياته فقد تمتاز بعض الأعيان عن بعضها في الجودة والموقع إذا تعلق الأمر بالعقارات فالانفراد بمحل تجاري مثلا في منطقة معزولة يختلف عن الانفراد بمحل تجاري وسط المدينة أوفي منطقة تجارية، ليبق الحل إما منح الشريك معدل لتعويض الفارق، أو تصفية المال المشاع[2].

ثالثا: قسمة المال المشاع بطريق المعدل

قسمة المعدل هي طريقة لاقتسام المال المشاع عينا، بحيث يدفع بموجبها صاحب النصيب الأزيد لصاحب النصيب الأقل، وسبب هذا الدفع صعوبة استفاء الشركاء حصصهم كاملة من المال المشاع إما لقلة الحصة الشائعة أو لطبيعة الأموال الشائعة التي لا تقبل القسمة عينا، وهذا التفاوت بين ما حصل عليه الشريك والذي يفوق حصته في العين التي وقعت في نصيبه يقوم بدفعها للشريك الذي وقع في نصيبه عين من الأموال الشائعة ولم تغطي تلك العين حصة الشريك في المال المشاع[3]، ووفقا لمقتضيات عدالة القسمة التي تناشد بها كل التشريعات وفي مقدمتها التشريع الاسلامي كانت قسمة المعدل طريقة لاستفاء الشريك حصته الشائعة من المال المشاع.

---

[1] – محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، الاصدار الثالث 1999 ،ص 64.

[2]– أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 51.

[3] – همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص367.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى قسمة المعدل في نص المادة 725 من القانون المدني في فقرتها الثانية بنصها:" وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه."

وقسمة المعدل ليست طريقة لتغيير طبيعة القسمة، فهي طريق لتسهيل على الشركاء لتوزيع الأموال الشائعة بالنظر إلى السهم الجاري الذي يملكه كل شريك، وهي ترتب نفس الآثار التي ترتبها صور القسمة العينية الأخرى[1].

هذا ويرى جانب من الفقه أن قسمة المعدل ماهي في حقيقة الأمر إلا تتمة لباقي صور القسمة العينية، وسواء تمت القسمة على أساس أصغر نصيب وأجريت القرعة عليها أو تم تجنيب جزء خاص بكل شريك يبقى المعدل هو المكمل لهذين الصنفين من القسمة إذ يحتمل في كلتا الصورتين أن لا يستوفي الشريك حصته كاملة، مما يدفع الشركاء أو الخبير إلى تحديد مبلغ معين يوازي قيمة المال الذي كان على الشريك أن يستوفيه نظرا لحصته الشائعة، ويقوم بدفع هذا المعدل الشركاء الذين آلت إليهم أجزاء مفرزة من جراء القسمة تزيد عن حصتهم الشائعة[2].

ويرى جانب من الفقه أن المعدل هو تعويض يقدم للشريك على سبيل التعويض لعدم تمكينه من حقه في المال المشاع كاملا عينا، لأنه حتى وبوجود خبير محنك في مجال قسمة الأموال الشائعة قد يصعب عليه رسم خطة محكمة يتمكن بمقتضاها كل شريك من إسفاء حصته الشائعة عينا بعد القسمة إما لقلة حصة الشريك الشائعة أو لطبيعة الأموال التي لا تقبل القسمة عينا، فلو كانت حصة الشريك مثلا السدس وتم تقويمها بالنظر إلى الأموال الشائعة وكانت ما معدله عشرون (20000000) مليون دينار جزائري، وكان من بين الأموال الشائعة سيارة تتراوح قيمتها سبعة عشر(17000000) مليون دينار جزائري وقام الخبير بتخصيص تلك السيارة للشريك الذي يملك السدس كان على سائر الشركاء أن يدفعوا فارق ما يستحقه الشريك مع ما حصل عليه.

غير أنه تجدر الشارة إلى مسألة هامة وهو ان قسمة المعدل تعويض مالي يقدم لأحد الشركاء لعدم استفائه حقه عينا، فلا تجوز قسمة المعدل إذا لم يستطع أكثر من شريك في اخذ نصيبه عينا بل يجب اللجوء إلى قسمة التصفية، وهذا ما أكدته المحكمة في قرار لها رقم 151301 المؤرخ في 1998/03/25[3].

---

[1] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 157.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 923.

[3] – سايس جمال، المرجع السابق، ص 180.

وقد تطرق المشرع المصري على غرار التشريع الجزائري إلى قسمة المعدل واعتبرها طريقة لتعويض الشريك الذي لم يستوفي حقه كاملا عينا إذ نص في الفقرة الثانية من المادة 837 على أنه:" وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا، عوض بمعدل، عما نقص من نصيبه[1]."

وقسمة المعدل يمكن إجرائها لتعويض الفارق سواء كانت القسمة العينية على أساس أصغر نصيب، أو بطريق التجنيب، فما يقع في نصيب أحد الشركاء بطريق القرعة يكون ملزما بدفع مبلغ لصاحب الحصة الصغرى، والأمر كذلك في قسمة التجنيب والعلة في ذلك خلقا لمساواة في القسمة بالنظر إلى الحصة الشائعة لكل شريك في المال الشائع[2].

وتتشابه قسمة المعدل عن المخارجة[3] في طريقة القسمة، فقسمة المعدل يتحصل بموجبها الشريك في الشيوع على جزء من المال المشاع ويأخذ الفارق نقدا يدفعه الشريك أو الشركاء الذين أخذوا أجزاء تزيد عن أسهمهم في المال المشاع، والمخارجة تتم بإخراج نصيب أحد الشركاء في المال المشاع بنصيب معلوم، وتكون في الميراث دون غيره من مصادر الشيوع، وهي جائزة شرعا عند التراضي، ويجب أن تكون بقدر معلوم من التركة أو غيرها.

والمخارجة تتم عادة مع الشركاء الذيم لهم سهم قليل بالمقارنة مع حصص سائر الشركاء، فيتراضى الورثة على إخراج نصيبه من الميراث وتتخذ حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان التخارج على شيء معلوم من التركة فيجب أن يتم بتراضي جميع الشركاء لأن لهم حصص في العين المراد التخارج عليها، إما إذا كان التخارج من أموال الورثة الخاصة فتقسم حصة الشرك المتخارج بينهم بالتساوي.

الحالة الثانية: إذا كان التخارج مع شخص معين من الورثة فإنه يجب أن يكون من أمواله الخاصة، لأن الأموال الموروثة لكل من الشركاء سهم فيها، ويترتب على ذلك أن يحل الوارث محل الشخص الذي تخارج معه في حصته في التركة.

وتجدر الاشارة إلى أن حصة الشريك الخارج تحسب في القسمة وتكون من نصيب الذي تخارج معه، فلو تخارج الشريك مع شريك آخر حل هذا الأخير وأخذ نصيبه عند قسمة الميراث، أما إذا كان

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 101

[2] – عبد الرزاق السنهوري المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 924.

[3] – المخارجة لغة تفاعل من الخروج، اصطلاحا: أن يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم ولا يكون إلا برضى اطرفين، وشرعا هو تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم من التركة أو غيرها وهو جائز شرعا، عن هذا التعريف أنظر منال محمود المشنى، الشرح الوافي لأحكام التركات والمواريث، دراسة مفصلة بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر، طبعة 2011، ص210.

التخارج مع جميع الورثة، فتتم القسمة وتحسب حصة الخارج وتقسم حصته بين الورثة، يخلف أثر التخارج بين ما إذا كان البدل الذي يقدم إلى الخارج من أموال الورثة الخاصة أو بعين من الأموال الشائعة، فلو كان التخارج بمال الشركاء الخاص تحسب حصة الخارج وتقسم بين الورثة، أما إذا كان التخارج بشيء معلوم من التركة فتسقط سهام الشريك الخارج من مجموع السهام ويعتبر مجموع السهام أصلا للمسألة[1].

ولم يتطرق المشرع الجزائري لأحكام التخارج مثل ما فعل نظيره الأردني الذي نظمه في القانون المدني المواد من 242 إلى 529 من القانون المدني، وكل ما لم يرد النص بشأنه يرجع في حكمه إلى الشريعة الاسلامية [2]والقواعد العامة، والتخارج جائز شرعا بتراضي جميع الورثة كما سبق الذكر غير أنه عقد لا بد أن تتوافر فيه الشكلية المطلوبة في العقود[3]، فلو كان التخارج على عقار معين لا بد أن يحرر العقد عند الموثق ويشهر بالمحافظة العقارية لأن الأمر يتعلق بحق عيني على عقار[4].

و أجاز المشرع المصري والسوري المخارجة في الأموال الشائعة التي مصدرها الميراث، وذلك في المادة 48 من قانون المواريث المصري والتي يقابها في التشريع السوري نص المادة 303 من قانون الأحوال الشخصية بنصها:" التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم البعض من الميراث على شيء معلوم، فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم، فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبائهم فيها، وإن كان المدفوع من مالهم، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالتساوي"[5].

---

[1] – منال محمود المشنى، نفس المرجع، ص 240.

[2] – المادة 222 ق.أ.ج : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

[3] – المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج الفقرة الأولى: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية او محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية، في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد....".

[4] –المادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد المسح العام و تأسيس السجل العقاري على ما يلي:

"كل حق ملكية و كل حق عيني آخر متعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ نشره في مجموعة البطاقات العقارية."

[5] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى للنشر والتوزيع طبعة 2012، ص 519.

فالتخارج وفقا للفقه الاسلامي جائز ويأخذ صورة القسمة لأنه بمقتضاها سيتحصل أحد الشركاء على نصيبه، وتكون هذه القسمة قابلة للنقض غذا ظهر ما يجيز نقضها كظهور وارث لم يكن معروفا وقت التخارج أو وصية، كما يبطل التخارج غذا طهر دين مستحق على المتوفى، ويصح التخارج إذا قضى الشركاء الدين لأن الدين مقدم على الإرث وهذا ما جاء به المذهب الحنفي[1].

نستخلص في هذا الفرع من الأطروحة أن للقسمة العينية للمال المشاع عدة صور، فمنها ما يتم بتعيين الحصص على أساس أصغر نصيب ويتم إجراء القرعة على الأجزاء كل حسب حصته، أما قسمة التجنيب فيتم تحديد عين من الأموال الشائعة لصالح أحد الشركاء مقابل حصته الشائعة في المال المشاع ونفس الأمر ينطبق على بقية الشركاء، أما قسمة المعدل فهي مبلغ من المال يتم إعطائه للشريك الذي لم يستوف حقه كاملا عينا، فيعوض علن ما نقصه نقدا من الشريك الذي تحصل على نصيب أكبر من حصته الشائعة.

أما في الفقه الإسلامي فقد أجاز الشرع الاسلامي قسمة التجنيب بنوعيها التفريق بأن يخذ الشريك حقه عينا من كل عين من الأموال الشائعة، أو بالجمع وهي المفضلة لدى الفقه بأن تجمع حصة الشريك في عين من الأموال الشائعة على أن تكون معادلة لحصته الشائعة.

أما المشرع الفرنسي فقد انفرد بأحكام القسمة بواسطة التخصيصات التفضيلية، بأن يفضل أحد الشركاء على غيره لعين معينة بالذات وفقا للشروط التي تم ذكرها، فقد راعى مصلحة العمل والسكن، وحصر الأشخاص الذي يكون لهم الحق في طلب التخصيص بالتفضيل في القسمة، على أن يتحملوا معدل القسمة إذا لزم الأمر.

---

[1] – أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 588.

الفرع الثاني: دور القضاء في القسمة العينية للمال المشاع

يلعب القضاء دورا فعالا في اقتسام المال المشاع عينا، فالقسمة العينية في غالبية الأحوال تتم بمعرفة القاضي لاختلاف الشركاء حول تحديد الحصص واقتسام أعيان المال وطريقة القسمة، فيتدخل هذا الجهاز في رسم طريقة يتم بها تخصيص أعيان الشركة للشركاء كل شريك بحسب حصته الشائعة، وقد يتم منذ البداية اللجوء إلى القضاء لاقتسام المال.

كما قد يتفق الشركاء على القسمة ويختلفوا في طريقة القسمة، وهنا يتدخل القضاء بحنكته وخبرته لرسم الطريق الأنسب لقسمة المال المشاع بالنظر إلى حصص الشركاء، ويتم ذلك بعد التماس القضاء من بعض الشركاء أو كلهم للتدخل في القسمة العينية واقتسام المال بتمكين كل الشركاء من حصصهم في الشيوع.

كما يقوم القضاء بتعين الخبير أو الخبراء لاقتسام المال، ويتم تقويم المال وتحديد الحصص والفصل في المنازعات المتعلقة بها، ثم الفصل في القسمة استنادا إلى التقارير الذي يعده الخبير.

أولا: تحديد حصص الشركاء في المال المشاع

ينظر قاضي القسمة في منازعات القسمة بين الشركاء، ولكنه يفصل على وجه خاص ما يتعلق منها بتكوين الحصص، وهذا ما تطرق إليه المشرع الجزائري في المادة 726 فقرة أولى من القانون المدني بنصها:" تفصل المحكمة في كل المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص."

وهو ما تطرق إليه المشرع المصري في نص المادة838 من القانون المدني بنصها:" تفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص، وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها.

فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية، وأن تعين الجلسة التي يحضرون فيها، وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات[1]."

أول ما يلاحظ أن المشرع المصري كان أكثر تفصيلا من المشرع الجزائري في مسألة تحديد القضاء لحصص الشركاء وكذا اختصاص القضاء في الفصل في هذه المنازعات، ويكون للقاضي

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، 450.

المصري السلطة لتقدير مدى جدية المنازعة في المال المشاع التي تثار أمامه، وبموجب هذه السلطة التقديرية يستطيع القاضي القرار بتأخير الفصل في القسمة أو السير في إجراءاتها[1].

ويقابل نص المادة 838 من القانون المدني المصري نص المادة 892 من القانون المدني السوري،

ومن صور المنازعات التي تثار بشأن تكوين الحصص والتي تتصدى لها المحكمة وتصدى لها المحكمة، ادعاءات الخصوم بعدم تساوي الحصص بالنظر إلى حصصهم الشائعة، أو الادعاء بعدم تقويم المال المشاع على وجه الدقة كأن يقوم المال بأقل من قيمته أو بأكثر منها، وقد يكون النزاع في تحديد الحصص يتعلق بأحد الشركاء كان يدعى صاحب الحصة الكبرى في المال المشاع بأن ما جنبه الخبير له لا يساوي سهمه الجاري في الشيوع.

فتفصل المحكمة بشأن هذه النزاعات وتمحص في تقرير الخبير ولها إما ان تؤيد ما توصل إليه الخبير أو أن تعين خبير آخر لإعادة تقويم المال المشاع وتحديد حصص الشركاء بالنظر إلى أسهمهم في المال[2].

وتفصل المحكمة أيضا في المنازعات التي لا تتعلق بتحديد الحصص بل حتى في سائر المنازعات المرتبطة بها كملكية الشريك للحصة في المال المشاع ، كأن يدعى احد الشركاء عدم ملكية شريكه للحصة، او ان النزاع يقور حول مقدار الحصة ففي الوقت الذي يدعي فيه مثلا شرك في الشيوع أنه يملك النصف يدعى شريك آخر بملكيته للربع لتصرفه في نصف حصته، كما قد يدفع احد الشركاء بعدم ملكية الشريك لحصته لتصرفه فيها، فلا يحق له الدخول في إجراءات القسمة العينية للمال المشاع[3].

ويلعب القضاء دورا اساسيا في هذه المرحلة فهو ملزم بالقيام بالتحقيقات اللازمة لتحديد الحصص والتحقق من ملكيتها ومقدارها والتأكد من صفة الشركاء في القسمة لمعرفة أحقيتهم في القسمة، وتتميز هذه العملية بالطابع الفني والتقني، من وجوب لانتقال وأخذ قياسات والتمحيص في المخططات والوثائق، لذا يكلف خبير او اكثر للقيام بهذه المهمة، والتي تنور القاضي بل وتشكل في الكثير من الحالات السند الرئيسي الذي يبني عليه القاضي حكمه بالرغم من حجية الخبرة النسبية كدليل إثبات[4].

ويرى جانب من الفقه أن تعيين الخبير لإجراء عملية القسمة يتخلله العديد من المشاكل العملية، فما يحدث في الحياة العملية أن الشركاء يتوجهون إلى الخبير الذي عينته المحكمة لإجراء القسمة مرفقين

---

[1] – عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 212

[2] – عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص925.

[3] – احمد خالدي المرجع السابق، ص 116.

[4] – يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 175.

بكافة الوثائق والمخططات والرسوم والسندات، فتتم عملية الخبرة في مكتب الخبير بناء على مخططات وليس على أرض الواقع، مما يترتب عنه في بعض الحالات صعوبة تطبيق هذه القسمة على أرض الواقع لاختلاف التصاميم على الحقيقة، أو لوجود عراقيل مادية مرتبطة بالمال المشاع محل القسمة[1].

بعد انتهاء الخبير من المهام المسندة إليه يحرر تقرير يوضح من خلاله العمل الفني والتقني الذي قام به بعد تقويم وتحديد حصص الشركاء بالنظر إلى حصصهم الشائعة، ويستند القاضي إلى النتائج التي توصل إليها القاضي في تقرير الخبرة للفصل في دعوى القسمة[2].

ثانيا: الحكم بفرز أنصبة الشركاء

بعد أن ينتهي الخبير من اعداد تقريره يودعه لدى المحكمة في الأجل المحدد في الحكم القاضي بتعيين الخبير وله ان يطلب تمديد الأجل في الحالة التي يتعلق الأمر بمجموعة من الأموال الشائعة التي يصعب تقويمها مجملة في وقت محدد أو كما لو تعلق الأمر بعدد كبير من الشركاء في الشيوع، كما في بعض قضايا الميراث الذي يمثل الحالة الغالبة للشيوع.

وتستند المحكمة في إصدار حكمها بتحديد النصيب المفرز لكل شريك، بمحضر الخبير وإذا تمت القسمة العينية بطريق القرعة تثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما يقضي بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، وهذا ما نصت عليه المادة 727 من القانون المدني الجزائري صراحة[3]، هذا ما لم يثبت أن المال المشاع لا يقبل القسمة عينا بغير ضرر أو أن القسمة ستلحق ضرر كبير في قيمة المال محل القسمة[4].

ونفس الموقف تبناه المشرع المصري إذ يحسم النزاع بعد الفصل في المنازعات التي أبداها الشركاء وإصدار حكم نهائي في النزاع على الملكية وهذا ما أشارت إليه المادة 839 من القانون المدني بنصها :"متى انتهى الفصل في المنازعات، وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب، أصدرت المحكمة الجزئية حكم بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل اليه.

---

[1] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 109.

[2] – يوسف دلاندة، المرجع السابق، 169.

[3] – ق.م.ج المادة 727 " تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز."

[4] – علي محمد علي قاسم، بيع المزايدة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2014، ص211.

فإذا كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب، تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

أما المشرع الليبي فلم يتطرق إلى مسألة منازعات القسمة في القانون المدني، إذ تطرق إليها في قانون المرافعات إذ نص في المادة 789 على أنه:" متى انتهى الفصل في المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب أصدرت المحكمة حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل اليه."

فمتى تمت إجراءات القسمة وتم تحديد نصيب كل شريك في المال المشاع بغض النظر عن كيفية القسمة سواء كانت بالتجنيب القرعة أو المعدل، تقوم المحكمة بإصدار حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز الذي آل إليه[1].

ويرى جانب من الفقه أنه يمكن لأحد الشركاء أن يعجل في إجراءات دعوى القسمة، وتنظر المحكمة في طلبه في تعجيل إجراءات القسمة[2].

ويفرق جانب من الفقه في الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز بين ما إذا كانت القسمة بطريق التجنيب بمعدل أو بدون معدل، وبينما إذا كانت القسمة على أساس أصغر نصيب وتمت بإجراء القرعة على الأنصبة التي تم تحديدها بمساعدة الخبير.

فإذا تمت القسمة بتجنيب كل شريك بتعيين جزء خاص به تصدر المحكمة حكما يقضي بالقسمة العينية مع تحديد الجزء الذي يؤول لكل من الشركاء بالتحديد كل حسب حصته الشائعة، وإذا كان القسمة العينية بمعدل يجب على القاضي في الحكم القاضي بفرز أنصبة الشركاء في المال عينا أن يحدد الشريك أو الشركاء الذين يجب عليهم دفع المعدل الذي يحدده الخبير في تقريره، ليصل إلى نصيب الشريك الذي لم يستوفي حصته كاملة.

أما إذا تمت القسمة العينية على أساس أصغر نصيب، يتم تكوين الحصص ويحدد نصيب كل شريك بطريق الاقتراع، وهي أفضل طريقة للقسمة العينية إن كانت ممكنة، إذ يطمئن الشركاء من أن فرصهم متساوية، وتقوم المحكمة بإجراء القرعة[3]، فلو كان المال المشاع مثلا قطعة أرض مساحتها 280 متر مربع وكان عدد الشركاء ثلاثة وكان لأحدهم حصة والثاني حصتان والثالث أربع حصص، وكان الحصة لأصغر نصيب مقدرة بسبع7/1 المال المشاع، فيكون للشريك الذي يملك حصه 40 متر مربع والذي يملك حصتان 80 متر مربع والذي يملك أربع حصص 160 متر مربع، إذ يقوم القاضي بوضع

[1] – ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 125.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 452.

[3] – أرحمون نورة، إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، لسنة 2012، ص 49.

سبع أوراق مرقمة من الواحد إلى سبع وترقم كذلك الحصص ويقوم القاضي بعرض الأوراق على الشركاء، فيسحب الشريك الأول ورقة، والثاني ورقتين، والثالث أربع أوراق، على إثر هذه العملية يتحدد نصيب كل شريك في المال محل القسمة.

إن هذه الطريقة وإن كانت الأصل في القسمة العينة لتوفير أكبر قسط من العدالة بين الشركاء في قسمة المال المشاع بالنظر إلى حصة الشريك في المال المشاع، إلا انها غير مفيدة في بعض الحالات فلو تعلق الأمر بقطعة أرض فلاحية مملوكة على الشيوع، فإن القرعة من شأنها ان تجعل أحد الشركاء أو أكثر في أخذ قطع أراضي فلاحية متباعدة ويكون في مصلحته ذلك، فيكون الحل الأمثل هو التجنيب المباشر للأجزاء بحسب حصص الشركاء سواء كان ذلك بمعدل أو بغير معدل.

ويرى جانب من الفقه ان قسمة المال المشاع بطريق القرعة يكون أكثر نجاحا في الأموال المنقولة، فلا يترتب عنها مشاكل عملية مثلما يحدث في العقارات، لاحتمال تباعد الأجزاء والمشاحنة التي تحدث بعد إجراء القسمة بالنسبة لبعض المسائل التابعة كتحديد الممرات والبناء على الحدود وغيرها، أما في المنقولات فيستأثر كل شريك بمال منقول أو أكثر حسب حصته الشائعة في المال[1].

بعد أن يحدد القاضي الأجزاء الخاصة بكل شريك في المال الشائع وبالرجوع للقاعدة العامة فإنه يجب شهر الحكم النهائي[2] القاضي بقسمة المال المشاع، وذلك طبقا للمادة 15من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد المسح العام و تأسيس السجل العقاري[3] .

والشهر العقاري في مسائل القسمة يلعب دور أساسيا في إعلام الغير حول وضعية العقار التي تم تقسيمها بين الشركاء، لتحديد الثروة العقارية لكل شريك، وهو إجراء اجباري لا في ما بين الأطراف فقط، فهو كذلك حتى بالنسبة للأطراف المشاركة في عملية الشهر[4].

وحددت المادة 14 من الأمر 75/74 السالف الذكر ما يجب شهره إلزاما بما في ذلك الأحكام القضائية التي تشمل الملكية العقارية[1].

---

[1] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 452.

[2] – الحكم النهائي هو ذلك الحكم الذي استنفذ طرق الطعن العادية وهي المعارضة والاستئناف وأصبح حائز لقوة الشي المقضي، عن هذا التعريف أنظر كتاب بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والادارية والقوانين ذات الصلة، دار هومة للنشر، طبعة 2015، ص 11.

[3] –الأمر رقم 74/75 مؤرخ في 1975/11/12 المتضمن اعداد المسح العام و تأسيس السجل العقاري، المادة 15بنصها: "كل حق ملكية و كل حق عيني آخر متعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ نشره في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية."

[4] – حمدي باشا، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، المرجع السابق، ص 171.

تجدر الاشارة إلى انه إذا تعلق الأمر بالميراث كمصدر للشيوع، فأنه يجب إعداد الشهادة التوثيقية[2]، هذه الوثيقة أو الاجراء الذي اختلف الفقهاء في تعريفها[3] تعد أداة ضرورية لإجراء القسمة فكل انتقال أو إنشاء حق عيني لعقار بفعل الوفاة لابد ان يثبت بموجب شهادة توثيقية[4].

---

[1] – المادة 14 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 بمتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري:" تلزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية إلى ما يلي: "

1. جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية التي ستعد بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية.
2. كافة العقود والأحكام القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان محل تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية، الخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري العمل به وكذا تسجيل الرهون أو الامتيازات.
3. المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي والمثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المشهرة في مجموع البطاقات العقارية.
4. وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد ومشهر في مجموع البطاقات العقارية.

[2] – المادة 91 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتسيس السجل العقاري:" كل انتقال أو انشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99، يجب ان يثبت بموجب شهادة موثقة.

وينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك ولكن أيضا عندما يطلب منهم اعداد عقديهم كلا أو جزء من تركة، وفي هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا إلى الموثقين كل المعلومات والإثباتات المفيدة.
ولا يتم اعداد شهادة موثقة إذا كان عقد القسمة المتضمن مجموع العقارات الموروثة، قد تم تحريره وإشهاره ضمن الأجل المنصوص عليه من أجل إشهار الشهادة المذكورة."

[3] – اعتبر الأستاذ عمر زيتوني الشهادة التوثيقية على أنها الإجراء القانوني الذي يضمن انتقال حق عيني عقاري نت مورث إلى ورثة حسب الفريضة الشرعية، بينما عرفها الأستاذ حمدي باشا أنها الوسيلة والأداة الفنية لشهر حق الارث في مجموع البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من طرف الموثق تفيد انتقال الملكية من المالك إلى الورثة أو الموصى لهم، بينما عرفها الأستاذ أعمر يحياوي منتقدا سائر التعريفات أنها عقد رسمي يحرره الموثق ويثبت فيه انتقال الحقوق العينية العقارية من المورث أو الموصي إلى الورثة والموصى لهم على سبيل الشيوع، انظر كتاب للأستاذ أعمر يحياوي، الإجراءات القانونية ما بعد تصفية التركات، التصريح بالتركات واستصدار الشهادة التوثيقية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع طبعة 2015، ص 76.

[4] – لياس بروك، نظام الشهر العيني في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، لسنة 2006، ص 84.

وما يلاحظ أنه بعد قراءة المادة 15 من الأمر 74/75 ونص المادة 91 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيسي السجل العقاري، أول ما يتبادر للأذهان ان هناك تناقض بين المادتين فالمشرع الجزائري من جهة يعتبر انتقال الملكية عن طريق الوفاة يسري منذ وفاة صاحب الحق العيني، ومن جهة أخرى ينص على أن انتقال الملكية بمناسبة أو بفعل الوفاة يثبت بموجب شهادة موثقة، غير أن الحقيقة لا يوجد تناقض بين نص المادتين فالمعنى أن انتقال الحق العيني عن طريق الوفاة يتحقق عند شهر الشهادة التوثيقية ولكنه يسرى بأثر رجعى من تاريخ الوفاة.

ويرى جانب من الفقه أنه ليصوغ للشركاء الورثة الاحتجاج بالقسمة سواء كانت ودية أو قضائية أن يكون الحق العيني على عقار مشهر مسبقا بالمحافظة العقارية، فمالم يكن كذلك فإن القسمة بنوعيها الودية أو القضائية تكون غير مضمونة الإشهار بالمحافظة العقارية إعمالا لنص المادة 88 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري[1]

تجب الاشارة في هذا الصدد أن حت ولو لم تشهر القسمة تبقى صحيحة في ما بين أطرافها لأن وظيفة الشهر تتمثل في إعلام الغير بالقسمة، وفي ما يتعلق بالقسمة القضائية فإنه لا يسوغ تطبيق المادة 88 السالفة الذكر حرفيا، لأن الحكم الصادر من المحكمة يصدر باسم الجمهورية ولا يمكن لمصالح الحفظ العقاري أن تتجاهل حكم القاضي حتى ولو كان الحق العيني غير مشهر مسبقا بالمحافظة العقارية بالإضافة إلى أن عملية المسح التي لم تشمل كامل التراب الوطني هذا من جهة، ومن جهة أخرى المشرع الجزائري تدخل في 2008 في قانونا الإجراءات المدنية والادارية وتطرق إلى العقارات الغير المشهرة والتي أجاز الحجز عليها وبيعها بالمزاد العلني ويكون الحكم محل الإشهار بالمحافظة العقارية.

أما إذا تعلق الأمر بالقسمة الودية فلابد من شهرها بالمحافظة العقارية، ويجوز للقضاء أن يفصل في دعوى القسمة بوجود قسمة ودية سابقة بسند غير مشهر في المحافظة العقارية، وهدا ما قررته المحكمة العليا في قرار لها رقم 231832 المؤرخ في 18 جوان 2002، ومما تضمنه القرار ان استبعاد قضاة الموضوع لوثيقة القسمة الودية المحتج بها من الطاعنين لعدم شهرها والأمر بإجراء قسمة للتركة يعد التطبيق السليم للقانون[2].

ويرى جانب من الفقه لزوم القاضي للنظر في دعوى الشريك الرامية لإنهاء الشيوع لا عن طريق القسمة ولكن عن طريق التقادم المكسب للملكية، إذا حاز الشريك العقار طيلة مدة التقادم المكسب حيازة

---

[1] – المادة 88 فقرة أولى من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتسيس السجل العقاري:" لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدو وجود اشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير وذلك مع مراعاة أحكام المادة 89 أدناه."

[2] – الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم الوثائق لسنة 2004، ص265.

هادئة ومستمرة، فبالرغم من أن دعوى القسمة لا تتقادم ما دام الشيوع قائما، إلا أن الشيوع ينقضي بالتقادم المكسب الممارس من أحد الشركاء[1].

كما يجب على القاضي أن يفصل في دعوى القسمة حتى ولو لم يكن لمحل التركة سند رسمي، ما لم يكن هناك نزاع حول ملكية المشاع، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 561209 بتاريخ 2010/09/16[2].

ثالثا: تدخل القضاء في القسمة لحماية من تجب حمايتهم من الشركاء

إضافة إلى تحديد حصص الشركاء والحكم بفرز الأنصبة، يمثل القضاء دورا مهما في حماية الشريك ناقص أو عديم الأهلية، وهذا ما انتهجته جل التشريعات بغض النظر عن نوع القسمة اتفاقية أو قضائية كلية كانت أم جزئية عينية أو بطريق التصفية.

واعتبر المشرع الجزائري قسمة القاصر الغير المميز الذي صنفها الفقه على أنها تصرف دائر بين النفع والضرر، قسمة موقوفة على إجازة الولي، وقيد هذا الأخير بموافقة القاضي في قسمة العقارات، واشترط تدخل القضاء لإجراء القسمة في الشيوع الذي يكون مصدره الميراث.

تجدر الإشارة إلى مسألة هامة وهو أن المشرع الجزائري اشترط لإجراء القسمة بمفهوم المواد 723 من القانون المدني، و83 و88 و 89 من قانون الأسرة السالفة الذكر، الإذن لإجراء قسمة القاصر في الأموال الشائعة والذي يجب أن تراعى بشأنه مصلحته والضرورة، وبيع المال بالمزاد إن اقتضى الأمر، لينص فيما بعد على أن القسمة تجرى بطريق القضاء طبقا لنص المادة 183 من قانون الأسرة، فإذا كان القضاء هو من يشرف على عملية القسمة فلا حاجة لاشتراط الإذن لأن القاضي هو من يتوى حماية مصالح القاصر، هذا التناقض في النصوص القانونية من شأنه أن يخلق نوع من اللبس في الأحكام والمقررات القضائية هذا من جهة، من جهة اخرى استنادا لنفس النصوص القانونية نجد أن المشرع تطرق فقط إلى قسمة العقارات المملوكة على الشيوع الأمر الذي يدعوا للتساؤل بالنسبة لقسمة المنقولات المملوكة على الشيوع والتي غاب النص عليها تقريبا في جل أحكام قسمة المال المشاع في زمن أصبح فيه المنقول ينافس العقار من ناحية القيمة المالية.

---

[1]– Henri, léon, Jean Mazeaud, leçon de droit civil, France, édition Montchrestien, tome quatrième, deuxième ,Edition 1966, P 731.

[2] – مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني لسنة 2010.

وفي التشريع المصري تدخل القانون بدوره لحماية الفئات التي تجب حمايتها في قسمة المال المشاع فخول للقضاء مهمة حماية هذه الفئة سيما في القسمة العينية التي يشاع فيها التحايل والاستلاء على هذا الصنف من الشركاء سيما في غياب رقابة القاضي على القسمة الاتفاقية.

وفصل المشرع المصري في مسألة تدخل القضاء في القسمة وفرق بين القسمة الاتفاقية والقضائية 40 في المادة من قانون الولاية على المال المصري رقم 1952/119 فإذا كانت القسمة اتفاقية لا بد من الحصول على إذن المحكمة الجزئية قبل إجراء القسمة وتنظر المحكمة في طريقة المحكمة وإجراءاتها وما إذا كانت منصفة، اما إذا كانت القسمة قضائية تقوم المحكمة الابتدائية كجهة استئناف بالتصديق على حكم المحكمة الجزئية وتنظر مدى مراعاة الاجراءات ومصلحة القاصر.

وتجيز المادة 41 من القانون الولاية على المال المصري للقاصر أو من في حكمه من محجور عليه أو غائب، رفع دعوى لوقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات بناء على طلب الوصي أو النيابة العامة، إذا اثبت أن التعجيل بالقسمة سيضر بمصلحة القاصر ويزول هذا الوقف ببلوغ القاصر سن الرشد او برفع الحجر أو حضور الغائب[1].

وأجاز التشريع اللبناني تأجيل القسمة القضائية دون الاتفاقية، وذلك في نص المادة 840 من قانون الموجبات والعقود بنصها:" للمحكمة أن توقف دعوى القسمة مؤقتا إذا تحقق لديها عدم ملائمة الظروف لإجرائها[2]."

وهذا التأجيل في القسمة أجازه المشرع الفرنسي في القانون المدني بناء على طلب أحد الشركاء من المحكمة، لتقوم بتأجيله لمدة سنتين أو أكثر إذا كان إجراء القسمة الفوري سيضر بمصلحة الشركاء، ويمكنه أن يشمل أموال مشاعة معينة بالذات دون سائر الموال، كما لو اشتمل المال المشاع على مجموعة من الأموال[3].

---

[1] – عبد الوهاب عرفة، الشامل في القسمة، المكتب الفني للموسوعات الفنية للنشر، طبعة 2012، ص 154.

[2] – ق.م.ع.ل.

[3] – Art. 820. c.civ.fr.:" A la demande d'un indivisaire, le tribunal peut surseoir au partage pour deux années au plus si sa réalisation immédiate risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis ou si l'un des indivisaires ne peut reprendre l'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dépendant de la succession qu'à l'expiration de ce délai. Ce sursis peut s'appliquer à l'ensemble des biens indivis ou à certains d'entre eux seulement. S'il y a lieu, la demande de sursis au partage peut porter sur des droits sociaux."

وشدد القانون الليبي بدوره في حماية القاصر وأناط للمحكمة مهمة مراقبة القسمة ويكون ذلك برقابة سابقة ولاحقة عن قسمة المال المشاع إذ نص في المادة 69 من قانون تنظيم أحوال القاصرين " للوصي أو القيم بإذن المحكمة إجراء القسمة الرضائية في المال المشترك بين القاصر وباقي الشركاء ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق المحكمة وليس للوصي أو القيم أن يطلب انهاء الشيوع قضاء في المال المشترك بين القاصر وشركائه إلا بإذن المحكمة[1]."

ولدى الفقه الاسلامي يفرقون بين الولي والوصي ففي الولاية يتولى الولي مراعاة مصلحة القاصر، ويستجاب لطلب الشركاء في القسمة لان القسمة إفراز فهي كالبيع تمليك للقاصر، بينما في نظاما لوصاية اشترط المالكية دون غيرهم من جمهور العلماء إذن القاضي في القسمة لينظر مدى مصلحة القاصر من القسمة، وهنا يتجلى دور القاضي فإما ان يأذن بالقسمة الاتفاقية إذا اطمئن لها أو يعدل بها إلى القسمة القضائية[2].

ذهب كل من الحنفية والحنابلة إلى أنه على القاضي أن يحمي حق الغائب عن القسمة بأن يمتنع عن إجرائها، بينما الحنفية في هذا الصدد يفرقون بين ما إذا كان مصدر الشيوع الميراث أو غيره فإذا كان ميراثا فيكفي حضور اثنين من الورثة ويكون ذلك بمثابة حضور الجميع والقاضي يستجيب لطلبهم أما بغير الميراث فيمتنع عن القسمة إلى حضور الغائب أو وكيله، أما المالكية والشافعية والحنابلة فيرون بوجوب استجابة القاضي للقسمة بغض النظر عن مصدر الشيوع أو غياب الشريك كان له وسواء كان له وكيلا أو لا[3].

نستخلص في هذا الفرع من الأطروحة، أن للقضاء دور مهم في القسمة النهائية للمال المشاع، فبواسطة القضاء يتم انتداب خبير ليتولى قسمة المال المشاع، وتحديد الحصة الشائعة، كما يتدخل القضاء لحماية الفئات التي تجب حمايتها قانونا في القسمة مراعاة لمصلحته في القسمة.

كما للقضاء دور في القضاء بتأجيل القسمة إذا كان التحقيق الفوري لإجرائها من شأنه أن يضر بمصلحة الشركاء.

وما نخلص له أيضا أنه في حالة الميراث كمصدر للشيوع لابد من وجود أداة فنية والمتمثلة في الشهادة التوثيقية، التي يعدها الموثق ويتم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية بالمحافظة العقارية[4].

---

[1] – ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق ص 140.

[2] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق ص 301.

[3] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 181.

[4] – ليلى زروقي، عمر حمدي باشى، المنازعات العقارية، دار هومة للنشر، الطبعة الثالثة لسنة 2007، ص 216.

المطلب الثاني: قسمة المال المشاع بطريق التصفية

يحق للشريك في الشيوع كأصل عام طلب قسمة المال المشاع وإفراز نصيبه إفرازه ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك، ولكن قد يصعب فرز الأنصبة لاستحالة القسمة عينا كما لو كان المال المشاع سفينة للصيد مثلا، إذ يجوز التهايؤ عليها بالانتفاع بها ولكن لا يمكن قسمتها بين الشركاء، أو أن من شأن القسمة أن تحدث ضرر كبير في قيمة المال المشاع كما لو كان المال عبارة عن شقة سكنية مملوكة على الشيوع بين ثلاث شركاء فيصعب قسمتها عينا دون الحاق ضرر بها أو نقص في قيمتها[1]، ويستعين القاضي في غالبية الحالات عند النزاع بالخبرة الفنية خاصة في منازعات القسمة التي تتضمن مجموعة من الأموال الشائعة.

ولتقرير الخبرة رغم عدم إلزاميته للقاضي أثر في تقرير إمكانية قسمة المال المشاع عينا من عدمها، فإذا رأى الخبير إمكانية قسمة المال عينا دون إنقاص من قيمة المال المشاع يقوم بالتنويه عن ذلك في المحضر النهائي الذي يقدم للمحكمة للفصل في مسالة القسمة[2]، وتجرى القسمة بطريق الاقتراع ويصدر حكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، والقاضي الفاصل في القسمة غير ملزم بما تضمنه تقرير الخبرة، إذ يجوز له أن يحكم بما يخالف التقرير وهذا أما ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها[3].

وفي حالة استحالة القسمة عينا أو كان من شأنها أن تحدث نقصا كبيرا في قيمة المال المشاع محل القسمة، فيتم اللجوء إلى طريقة أخرى لاقتسام المال الشائع عن طريق تصفيته.

---

[1] – المادة 724 ق.م.ج فقرة ثانية: "وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبير أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته"

[2] – حساني صابرينة، الخبير القضائي في المواد المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع المسؤولية المدنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، لسنة 2013، ص 18.

[3] – المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 01، ص 153، رقم 33120 مؤرخ في 1984/10/06:

"حيث أن القضاة غير مجبرين على اتباع رأي الخبير وأنهم يستطيعون الفصل في القضية بدون خبرة جديدة، وحتى ولو بصورة مخالفة لرأي الخبير.

حيث أن المحل التجاري ونظرا لطبيعته ، وللعنصر الأساسي فيه المتمثل في الزبائن المرتبط أشد الارتباط بالمحل غير قابل من الناحية العملية للقسمة وأنه لا حل بالتالي إلا بيعه بالمزاد العلني لضمان حماية مصالح الطرفين".

ونظرا لعنصر العملاء الذي يدخل ضمن تكوين عناصر المحل التجاري (الذي يعد مالا منقولا معنويا) فإنه من المتعذر قسمته عينا دون التخفيض من قيمته والاضرار بمصالح المتقاسمين ، فان بيعه بالمزاد العلني هو الوسيلة الوحيدة للخروج من حالة الشيوع ."

ونظم المشرع الجزائري قسمة التصفية في نصوص القانون المدني وقانون الاجراءات المدنية والادارية، فهي قسمة وبيع في الوقت ذاته، إذ يتم بيع المال المشاع بالمزاد العلني واقتسام ثمنه بين الشركاء في الشيوع.

الفرع الأول : أسس قسمة المال المشاع بطريق التصفية

قسمة المال المشاع بطريق التصفية قسمة قضائية يتزايد فيها المزايدون شركاء كانوا أم أجانب عن الملكية الشائعة، ليرسو المزاد في الأخير على أحدهم يملك بموجبه المال محل القسمة ويدفع مقبله نقدا ليتم تقاسمه بين الشركاء كل حسب حصته، وذلك بعد اقتطاع مصاريف البيع بالمزاد ، ولكن قسمة التصفية تقوم على عدة أسس أولها لابد أن يكون هناك حق في الشيوع، و أن تستحيل قسمة المال المشاع عينا بغير ضرر وأن تقتصر المزايدة على الشركاء إذا أجمعوا على ذلك.

أولا: أن يكون هناك حق في الشيوع

تصفية المال المشاع لا تقوم إلا إذا كان هناك حق في الشيوع كحق ملكية شائع أو حق انتفاع شائع، فإذا ملك الشيء الواحد أو حق الانتفاع فيه عدة ملاك أو عدة منتفعين على الشيوع جاز قسمة المال المشاع بطريق التصفية، ولا عبرة بسبب الشيوع فقد يكون الميراث كما هو الغالب وقد يكون سببا آخر، كما إذا اشترى عدة أشخاص دارا على الشيوع فيما بينهم أو كان الشيوع سببه في الأصل عقد شركة مدنية أو تجارية، ويجب أن تكون حقوق المشاعين من طبيعة واحدة، كأن يكونوا شركاء في حق ملكية أو شركاء في حق انتفاع، أما إذا وجد من يملك الرقبة ومعه من يملك حق الانتفاع، فهذان لا يجوز بينهما قسمة التصفية، لأن الرقبة غير حق الانتفاع، فإذا وجد ملاك شائعون للرقبة، وكان حق الانتفاع منفصلا عن الرقبة في يد أحد ملاك الرقبة أو في يد أجنبي، جازت قسمة التصفية في الرقبة لأنها شائعة، ولا يجوز في حق الانتفاع لأنه غير شائع، وكذلك إذا كانت الرقبة في يد مالك واحد، وكان حق الانتفاع لعدة منتفعين على الشيوع، جازت قسمة التصفية في حق الانتفاع دون الرقبة، أما إذا كانت الرقبة مملوكة لملاك متعددين في الشيوع، وكذلك حق الانتفاع ثابت لمنتفعين متعددين في الشيوع، تجرى قسمة التصفية في الرقبة منفصلة عن حق الانتفاع، وقسمة التصفية في حق الانتفاع منفصلا عن الرقبة، فلا يتلازم الحقان في قسمة التصفية.

فلا تتم قسمة المال المشاع بطريق التصفية ما لم يكن هناك حق في الشيوع، ويجب أن يكون المال المشاع موجود وقت إجراء القسمة[1]، وأن يملك الشركاء المال المشاع على الشيوع فلا مجال لقسمة التصفية إذا كان المال مملوكا بين الشركاء ملكية مشتركة، كالملكية المشتركة في العقارات المبنية والتي لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة محل القسمة بيع بالمزايدة لأنها تابعة للأجزاء الخاصة[2].

وهذ الأساس في قسمة التصفية لم يتطرق له المشرع الجزائري ولا سائر التشريعات ولكنه يستخلص من مضامين النصوص القانونية فلا تتم تصفية المال المشاع ببيعه بالمزاد إلا إذا كان مشاعا بين الشركاء، وأن يكون الحق محل التصفية مشاعا بين الشركاء، وأن يكون الشركاء مالكين على الشيوع في حق واحد لا في حقوق مختلفة.

ثانيا : أن يكون المال الشائع مما لا يمكن قسمته عينا بغير ضرر

نصت المادة 728 من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع ".

يتضح من خلال النص السالف الذكر أن قسمة التصفية للأموال الشائعة في التشريع الجزائري لا تتم إلا في حالتين:

الحالة الأولى : إذا ثبت أن القسمة العينية متعذرة لعدم إمكانية الانتفاع بالمال الشائع حال التجزئة إلى حصص عينية، لأن المال المشاع بطبيعته لا يقبل القسمة عينا، كأن يشترك عشرة ورثة في دار من غرفتين، فإن قسمتها عينا إلى عشرة حصص، سيجعل الانتفاع بها مستحيلا، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 354940 مؤرخ في 2007/02/21على أن السفينة المملوكة على الشيوع يتعذر قسمتها لذا يتعين بيعها بالمزاد العلني[3].

الحالة الثانية: إذا كانت القسمة العينية ستلحق بالعقار نقصا كبيرا في قيمته، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب أن يعترض على القسمة العينية أحد الشركاء أو دائنة، ذلك أن مصلحة أحد الشركاء في

---

[1] – علي خفيف، المرجع السابق، ص 104.

[2] – المادة 747 ق.م.ج :" لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم، أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الجزاء الخاصة."

[3] – مجلة المحكمة العليا، لسنة 2007، العدد 02 قرارها رقم 354940، مؤرخ في 21 /2007/02.

يجوز بيع السفينة المملوكة على الشيوع بالمزاد العلني لتعذر قسمتها عينا .

الاعتراض لا تحتاج إلى بيان، أما مصلحة دائن الشريك فتتمثل في الحفاظ على ضمانه العام، فكلما كانت حصة مدينه في الشيوع أقل، كلما تأثر ضمانه العام نقصانا، وهو ذمة المدين[1].

فإذا أمكنت قسمة المال دون ضرر، لم يكن هناك محل لبيع التصفية، بل يقسم المال أجزاء مفرزة طبقا للإجراءات المقررة في قسمة المال الشائع[2].

ولم يتطلب القانون موافقة جميع الشركاء على القسمة بطريق البيع بالمزايدة، كما لم يتطلب أغلبية معينة، اذ يعتبر البيع بالمزاد قسمة للمال الشائع من حق أي من الشركاء[3]،وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2006/01/18 ملف رقم 332775[4].

و اشترط المشرع المصري وبدوره في قسمة التصفية أن يكون المال المشاع غير قابل للقسمة عينا أو من شأن القسمة العينية أن تحدث نقصا كبيرا في قيمة المال المشاع بخلاف كما لو تم بيعه بالمزايدة خاصة في الأموال التي تمثل وحدة اقتصادية كالمصنع مثلا، إذ نص في المادة 841 من القانون المدني على أنه:" إذا لم تمكن القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذ طلبوا هذا بالإجماع[5]."

ويطابق هذا النص في التشريع السوري نص المادة 890 من القانون المدني[6]، أما في التشريع الليبي فتنص الفقرة الأولى من المادة 792 من قانون المرافعات على أنه:" إذا تعذر اجراء القسمة عينا أوك ان من شأنها احداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ولم يتنازع في البيع، أصدر القاضي أمرا بالبيع حسب ما هو مقرر في أحكام بيع العقار بالمزاد[7]."

وهذا ما اشترطه المشرع اللبناني إذ نص في المادة 3/942 بند6 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه:" إذا استحالت القسمة عينا- يصار إلى بيع المال بالمزاد العلني وفقا لأحكام قانون

---

[1] – ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 127.

[2]– مجيد خلوفي، شهلر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومة للنشر، الطبعة الثانية لسنة 2011، ص161.

[3] – أنور طلبة، المرجع السابق، ص 248.

[4] – مجلة المحكمة العليا، الغرفة العقارية، العدد الأول 2006 ص 413، ملف رقم 332775 قرارها بتاريخ 2006/01/18 "إن المبدأ لا يشترط اجماع الشركاء على البيع بالمزاد العلني في حالة المزايدة بحضور العامة ."

[5] – محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص102.

[6] – عبد الرزاق السنهوري الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 916.

[7] – ق.م.س.

التنفيذ بواسطة دائرة الجبر على أن يتخذ بدل التخمين أساس للمزايدة الأولى، ويمكن حصر المزايدة بين الشركاء إذا اتفقوا على ذلك[1]."

أما في التشريع العراقي فيجوز التزايد على حصة الشريك الذي لا يستطيع أن يستوفي حصته عينا، فيحدد مبلغ ثمن المثل لحصته بواسطة الخبير وتعرض على الشركاء لشراء حصته والأمر لا يخلوا من أحد الاحتمالين:

الاحتمال الأول: أن يرضى الشريك بالقدر الذي حددته المحكمة بواسطة الخبير، فتعرض الحصة للبيع بين الشركاء فإذا قبلوا الثمن كلهم بيعت بينهم بالتساوي، أما إذا عرض أحد الشركاء ثمن أعلى أجريت المزايدة بين الشركاء وتكون في نصيب من يدفع أعلى ثمن.

الاحتمال الثاني: أن لا يقبل المدعى مالك الحصة بالقدر الذي عينته المحكمة وتمسك بطلبه في اجراء القسمة بيع المال المشاع كله وقسم الثمن بين الشركاء[2].

واشترط الفقه السلامي عدم إمكانية قسمة المال المشاع عينا، لبيعه واقتسام ثمنه، خاصة في المال المشاع الذي يشتمل على عين واحدة، أما إذا اشتمل المال على عدة أعيان يلجأ إلى قسمة الجمع أو التفريق على النحو الذي أسلفنا ذكره، كما يجوز التعديل في القسمة بإدخال النقود بناء على رضا الشركاء المشتاعين[3]، وعند المالكية يكون بيع المال المشاع واقتسام ثمنه بين الشركاء بناء على طلب أحد أحد الشركاء ويستجاب لطلبه حتى وإن أبى سائر الشركاء بيعه مادام غير قابل للقسمة عينا بغير ضرر، ولكن المالكية قيدوا هذا البيع بشروط وهي:

1- أن يكون المال المشاع محل القسمة غير متخذ للغلة ولا للتجارة، فإذا كان غرض الشركاء من المال المشاع هو الانتفاع به في ما بينهم فليس لهم إجبار الشريك الذي رفض بيع المال واقتسام ثمنه ولا يصوغ لهم كذلك اجبار شريكهم في الشيوع على قسمة التصفية إذا كان المال اتخذ من أجل التجارة.

---

[1] - ق.م.ع.ل.

[2] - المادة 1083 من القانون المدني العراقي:" إذا تبين للمحكمة أن المشاع غير قابل للقسمة، أصدرت حكما ببيعه. وفي هذه الحالة تقدر المحكمة، بناء على مراجعة المدعي أو أحد الشركاء، بدل المثل بمعرفة أهل الخبرة، فإذا قبل المدعي بيع حصته بالبدل المقدر، عرضت المحكمة الشركاء على سائر الشركاء، ولإبداء رغبتهم فيه خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغهم بذلك، فإذا وافق الشركاء كلهم أو بعضهم على الشركاء بالبدل المقدر، بيعت الحصة إلى الراغبين بالتساوي فيما بينهم، أما إذا رغب أحد الشركاء في شرائها بدل أعلى، فتجرى المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لأعلى مزايد. وإذا لم يقبل المدعي البيع بالبدل المقدر، أو لم يرغب أحد الشركاء في الشراء، وبقي المدعي مصرا على طلبه، بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانونا، وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه."

[3] - علي خفيف، المرجع السابق، ص 99.

2- أن يشتري المشتري المال محل قسمة التصفية جملة لا مفرقا، فلا تقبل قسمة التصفية كما لو اشترى جزء من المال المشاع لأن هذا يتنافى والغرض من تصفية الشيوع.

3- أن لا يلزم الشريك الذي رفض قسمة التصفية وأجبر عليها بالنقص الذي يطلبه من طلب بيع المال المشاع وقسمة ثمنه بينهم[1].

ثالثا: اقتصار المزايدة على الشركاء

من الأسس التي تقوم عليها قسمة التصفية أن تتم المزايدة على المال المشاع بين الشركاء إذا أجمعوا على ذلك، وهذا ما نستخلصه من المادة 728 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، فلا يؤخذ بقرار الأغلبية في المزايدة، فالمشرع احترم رغبة الشركاء في الاحتفاظ بالمال المشاع إن وجدت، واشترط اجماعهم لاقتصار المزايدة عليهم هذا ، كما فتح باب المزايدة للغير الأجنبي عن الشيوع الذي يمكنه الدخول في المزايدة ومنح مبلغا أكبر من الذي يقدمه الشركاء.

ما يثار بشأن هذه المادة أن المشرع الجزائري قيد اقتصار المزايدة على الشركاء بشرط إجماعهم، وهو ما يصعب الحصول عليه في أغلب الحالات سيما في قضايا الارث الذي يعتبر السبب الغالب للشيوع، ففي جل الحالات لا يكون هناك توافق بين الشركاء في اقتصار المزايدة عليهم، ويكون قابلا للنقض الحكم أو القرار الذي يقضي باقتصار المزايدة على الشركاء بالرغم من عدم وجود اتفاق بين الشركاء في الشيوع وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها رقم 94089 مؤرخ في 1993/10/26[2].

كما يمكن لدائني الشركاء أن يعترضوا على المزايدة، إذا أثبتوا غش وتواطؤ الشركاء في منح ثمن أدنى للمال المشاع لحرمان الدائنين من استيفاء ديونهم، والذين تعتبر الأموال الشائعة محل البيع ضمانا لحقوقهم، وانقاص من قيمة المال هو انقاص في الضمان.

---

[1] - محمد عبد الرحمان الضويني، المرجع السابق، ص 159.

[2] - المجلة القضائية لسنة 1994ن العدد 01، ص 79، قرارها رقم قرار رقم94089، مؤرخ في 1993/10/26:" من المقرر قانونا أنه إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع المال بالمزاد العلني، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع.

ولما ثبت – أن المستأنف عليه سابقا – عارض صراحة بيع الأملاك العقارية بين الورثة فقط، فإنه يؤكد عدم اتفاق جميع أطراف النزاع على ذلك، و بالتالي لم يحصل الإجماع لذلك فإن القرار القاضي ببيع التركة بين الورثة المتنازعين فقط قد أساء تطبيق القانون ويتعين نقضه."

فالمشرع الجزائري أجاز للشركاء الاعتراض على القسمة إذا تمت عينا أو بالمزاد بغير تدخلهم، أما إذا تم إدخالهم في التصفية فلا مجال لاعتراضهم بمفهوم المادة 729 من القانون المدني ليبقى لهم إثبات غش وتواطؤ الشركاء والذي يكون صعب في أغلب الحالات.

وهذا الأساس في قسمة التصفية نهج اليه كل من المشرع المصري والسوري واللبناني في النصوص السالفة الذكر، فالقاعدة أنه يسمح في قسمة التصفية بدخول الشركاء وغير الشركاء في الدخول في المزايدة، فإذا رسا المزاد على أحد الشركاء اعتبر بيع المال المشاع قسمة، أما اذا رسا المزاد على أجنبي أعتبر قسمة فيما بين الشركاء وبيعا في ما بين الشركاء والراسي عليه المزاد، غير أنه يجوز للشركاء إذا انعقد اجماعهم أن يتفقوا على اقتصار المزايدة عليهم وذلك حفظا للمال سيما في الميراث كمصر للشيوع، ويكون اتفاق الشركاء ملزما لهم، لأنهم أدرى بمصلحتهم في ذلك، أما مصلحة الدائنين فيكفلها حق الاعتراض والتدخل[1].

وإذا كان بين الشركاء المزايدين من لا تتوفر لديه الأهلية القانونية، يلجأ من ينوب عنه قانونا إلى المحكمة للحصول على إذن في قصور المزايدة على الشركاء، ويقدر القاضي بدلا عن ناقص أو فاقد الأهلية مصلحته في ذلك وحمايته من تواطؤ الشركاء[2].

فالتصفية في المال المشاع لا تكون إلا إذا كان هناك حق مملوك على الشيوع، وأن يكون هذا الحق مما لا يمكن أن يتم قسمته بغير ضرر ، أما إذا كان مما يجوز قسمته فيرجع قسمته عينا، وهنا يكون لأهل الخبرة دور كبير في تقرير قابلية المال المشاع القسمة عينا من عدمها، كما تقتصر المزايدة على الشركاء في المال المشاع إذا أجمعو على اقتصارها عليهم.

---

[1] – فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث، في ضوء الفقه والقضاء. منشأة المعارف للنشر طبعة 1991، ص174.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق ص 919، همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 471.

الفرع الثاني: إجراءات قسمة المال المشاع بطريق التصفية

رسم المشرع الجزائري على غرار سائر التشريعات إجراءات لا بد من اتخاذها ليتم قسمة المال المشاع بطريق التصفية، والمقصود هنا بالتصفية البيع القضائي للمال المشاع، فقد يتم تصفية المال المشاع دون اللجوء للقضاء باتفاق بين الشركاء على بيع المال المشاع لأجنبي على الشيوع واقتسام ثمنه، وهو ما يحدث في الحياة العملية خاصة في قضايا الميراث فيتم تحضير الفريضة بناء على طلب الورثة[1]، وإعداد شهادة انتقال الملكية كشهادة لإثبات انتقال الحقوق العينية العقارية[2]، ليم بعد ذلك بيع المال للمشتري ويقسم المال بين الورثة حسب ما ينص عليه الشرع الاسلامي، لأن الأنصبة حددها الشارع جل جلاله، وهذا النوع من التصفية يجنب الشركاء طول الاجراءات التي تتخذها التصفية القضائية، وفي حالة الخلاف يرفع النزاع للقاضي والذي يقرر قسمة معينة أو يبطل البيع
وله أن يقرر بيع المال المشاع العلني، ويتم بيع المال المشاع تحت إشراف القضاء مرورا بعدة إجراءات.

أولا: استصدار حكم أو قرار قضائي بتصفية المال المشاع

ليتم بيع المال المشاع بالمزاد العلني لابد من صدور حكم أو قرار يقضي بذلك، وتستعين المحكمة في قرارها بالخبرة الفنية التي تقوم المال المشاع وتقرر قابليته للقسمة العينية، وإذا كانت القسمة مستحيلة أو كان من شأنها أن تحدث نقص كبير في قيمة المال المشاع، خاصة في الأموال الشائعة التي تمثل وحدة اقتصادية، تقرر بموجب حكم تصفية المال المشاع ببيعه بالمزاد العلني وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 786 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية والادارية بنصها :"إذا تقرر بحكم أو قرار قضائي بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوع لعدم إمكانية القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عينا، بيع العقار عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط البيع يعدها المحضر القضائي وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار، بناء على طلب من يهمه التعجيل من المالكين على الشيوع[3]."

فيجب لقسمة المال المشاع بطريق التصفية استصدار حكم من المحكمة يقضي ببيع المال المشاع بالمزاد العلني، وقد يتم البيع بموجب قرار من المجلس القضائي كما لو قررت المحكمة قسمة

---

[1] – أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 79.

[2] – أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 76.

[3] – قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية.

عينية معينة ورفع الأمر للمجلس القضائي، ليتقرر بيع المال بالمزاد بعد الاستعانة بخبرة أخرى بناء على طلب أحد الشركاء في الشيوع.

وفي التشريع المصري تتم التصفية بصدور حكم قضائي لتعذر القسمة بغير ضرر، ويقوم في هذه الحالة الشريك الذي يهمه التعجيل بإيداع صحيفة التعجيل تلعن لباقي الشركاء وتحدد فيها جلسة للنظر في الاعتراضات التي قد يبديها احد الشركاء على البيع وغذ ا لم تقد الاعتراضات سقطت تلك الجلسة ويحدد تاريخ لإجراء البيع بالمزاد العلني[1].

ثانيا: إعداد قائمة شروط البيع

ويتم بيع المال المشاع بالمزاد العلني بناء على قائمة شروط البيع يقوم بإعدادها المحضر القضائي[2]، وتودع هذه القائمة بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار بناء على طلب من يهمه التعجيل من المالكين على الشيوع طبقا لنص المادة 786 من قانون الاجراءات المدنية والادارية السالفة الذكر في فقرتها الأولى، ويجب أن تتضمن هذه القائمة مجموعة من البيانات المتعلقة بالمال المشاع محل بيع التصفية حددها المشرع الجزائري في نص المادة 783 من قانون الاجراءات المدنية والادارية وهي كالتالي :

1. الإذن الصادر بالبيع
2. تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري، تعيينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء مفرزا أو مشاعا وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، وإن كان العقار بناية يبين الشارع ورقمه و أجزاء العقارات،
3. شروط البيع و الثمن الأساسي،
4. تجزئة العقار الى أجزاء اذا اقتضت الضرورة إلى ذلك مع ذكر الثمن الأساسي لكل جزء،

---

[1] – انور طلبة، المرجع السابق، ص 246.

[2] – بشير سرحان القروي، إجراءات الحجز في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، لسنة 2006، ص 123.

5. بيان سندات الملكية[1].

واشترط المشرع زيادة على البيانات المنصوص عليها في المادة 783 من نفس القانون بيانات أخرى أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة 786 بنصها :"تشتمل قائمة شروط البيع فضلا عن البيانات المذكورة في المادة 783 أعلاه، على ذكر جميع المالكين على الشيوع وموطن كل منهم ويرفق بها فضلا عن الوثائق المذكورة في المادة 784 من قانون الاجراءات المدنية والادارية أعلاه نسخة من الحكم أو القرار الصادر بإجراء البيع بالمزاد العلني ."

كما يجب إرفاق قائمة شروط بالمستندات الآتية :

1. مستخرج جدول الضريبة العقارية،

2. مستخرج من عقد الملكية، والإذن بالبيع عند الاقتضاء،

3. الشهادة العقارية[2].

ويحدد الثمن الأساسي في قائمة شروط البيع وفقا لنص المادة 739 من نفس القانون بواسطة خبير عقاري، إذ يقوم بتحديد الثمن الأساسي أو الافتتاحي كما يسميه البعض بموجب أمر على عريضة بناء على طلب المحضر القضائي، وذلك بعد دفع مصاريف الخبرة إلى أمين الضبط[3].

---

[1] – نص المادة 783 :" يتم بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني، للمفقود وناقص الأهلية والمفلس، حسب قائمة شروط البيع، تودع بأمانة ضبط المحكمة، يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي، أو يعدها وكيل التفليسة حسب الحالة .

تتضمن قائمة شروط البيع البيانات الآتية:

1– الاذن الصادر بالبيع،

2– تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري، تعيينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية و اسمها عند الاقتضاء مفرزا أو مشاعا وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، وإن كان العقار بناية يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات .

3– شروط البيع و الثمن الأساسي.

4– تجزئة العقار الى أجزاء إذا اقتضت الضرورة إلى ذلك مع ذكر الثمن الأساسي لكل جزء،

5 – بيان سندات الملكية".

[2] – تنص المادة 784 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على ما يلي: "ترفق مع قائمة شروط البيع المستندات الآتية:

1– مستخرج جدول الضريبة العقارية،

2– مستخرج من عقد الملكية ، والاذن بالبيع عند الاقتضاء،

3– الشهادة العقارية."

[3] – تنص المادة 739 ق.إ.م.إ:" يحدد الثمن الأساسي، الذي يبدأ به المزاد العلني والقيمة التقريبية له في السوق للعقار أو الحق العيني العقاري المحجوز، جملة أو على أجزاء من طرف خبير عقاري، يعين بأمر على عريضة بناء على طلب

ما يلاحظ في الحياة العملية أن هناك من الأموال الشائعة والعقارات على وجه التحديد ما يقبل القسمة عينا ولكن بعض الخبراء يلجؤون إلى اقتراح الخروج من الشيوع عن طريق قسمة التصفية ببيع المال المشاع بالمزاد، وذلك تفاديا لإعداد مخطط القسمة وتحديد سهم كل شريك في المال المشاع وإجراء القرعة، إذ يرى غالبية الخبراء في عملية تقييم المال نقدا أسهل من قسمته عينا، وبالرغم من أن الخبرة وسيلة يستعين بها القاضي كأداة فنية بالرغم من عدم إلزاميتها، إلا أن القضاة في غالبية الأحيان يسايرون موقف الخبراء، بالتالي على القضاة أن يتأكدوا جيدا من عدم قابلية المال للقسمة عينا سيما بالنسبة للشركاء الذين ليس لهم مأوى سوى العقار محل التصفية وذلك بالنظر إلى ما سيؤول اليهم من بيع العقار وارتفاع قيمة العقار في الجزائر[1].

وفي التشريع المصري يجب على المدعي أن يودع قائمة شروط البيع وتشتمل حكم البيع بالتصفية وتعيين العقار وشروط البيع والثمن الأساسي وفقا لقرير الخبرة المودع سابقا ن كما ترفق القائمة بمستندات الملكية والشركاء والموطن القانوني لكل منهم ويرفق بها كذلك بيان الضريبة العقارية[2].

ثالثا: التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع والاعتراض عليها

على المحضر القضائي أن يقوم بالتبليغ الرسمي بقائمة شروط البيع كونه الشخص المؤهل قانونا لهذه العملية[3]، وحددت المادة 787 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الأشخاص الذين يجب

المحضر القضائي أو الدائن الحاجز، بعد إثبات إيداع أتعاب الخبير بأمانة الضبط والمحددة مسبقا من طرف رئيس المحكمة.

يجب على الخبير إيداع تقرير التقييم بأمانة الضبط خلال الأجل الذي يحدده رئيس المحكمة، على أن لا يتجاوز هذا الأجل عشرة (10) أيام من تاريخ تعيينه وإلا استبدل بغيره."

[1] – بوقندورة سليمان، المرجع السابق، ص 106.

[2] – أنور طلبة، المرجع السابق، ص 247.

[3] – القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن قانون تنظيم مهنة المحضر القضائي، المادة 12 بنصها:" يتولى المحضر القضائي :

– تبليغ العقود والسندات والإعلانات التي تنص عليها القوانين والتنظيمات ما لم يحدد القانون طريقة أخرى للتبليغ.

– تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات القضائية الصادرة في جميع المجالات ما عدا المجال الجزائي، وكذا المحررات أو السندات في شكلها التنفيذي.

– القيام بتحصيل الديون المستحقة وديا، أو قضائيا أو قبول عرضها أو إيداعها.

القيام بمعاينات أو استجوابات أو إنذارات بناء على أمر قضائي دون إبداء رأيه.

تبليغهم بنصها: "يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن ايداع قائمة شروط البيع، إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية وجميع المالكين على الشيوع ولهؤلاء حق طلب الغاء قائمة شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة، عند الاقتضاء، طبقا لأحكام هذا القانون." ولم يحدد المشرع الجزائري أسباب تقديم الاعتراضات على قائمة شروط البيع تاركا الأمر للفقه والذي يرى في احتمال ورود الأخطاء في قائمة شروط البيع، كما لو تم ادراج شريك في الشيوع قام بيع حصته الشائعة، أو أخطأ المحضر القضائي في كتابة الثمن الأساسي أو موقع العقار[1]، ويكون الاعتراض بواسطة عريضة إلى رئيس المحكمة، وهذا ما نستخلصه من المادة 742 من ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي: "تقدم الاعتراضات من طرف الأشخاص المشار إليهم في المادة 740 أعلاه، أو من ورثتهم إلى رئيس المحكمة قبل جلسة الاعتراضات بثلاثة (3) أيام على الأقل، وإلا سقط حقهم بالتمسك بها.

تسجل العريضة في سجل خاص بعد دفع الرسوم حسب تاريخ ورودها، وتعقد جلسة الاعتراضات في غرفة المشورة بحضور المعترض والحاجز والمحضر القضائي.

يفصل رئيس المحكمة في الاعتراضات بأمر غير قابل لأي طعن في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام.

إذا لم يقدم أي اعتراض بالجلسة يؤشر أمين الضبط بذلك في السجل الخاص به، ويشرع المحضر القضائي في اجراءات الإعلان عن البيع بالمزاد العلني."

رابعا: الإعلان عن البيع بالمزايدة

حددت المادتان 749 و 750 من قانون الإجراءات المدنية والادارية كيفية تحديد تاريخ التصفية أي بيع المال المشاع بالمزاد العلني والاعلان عنه، وذلك بعد الفصل في مسألة الاعتراضات إذ يقوم المحضر القضائي بتحرير مستخرج عن السند التنفيذي وهو الحكم ببيع المال المشاع بالمزاد العلني لتعذر قسمته عينا[2]، و يعين فيه جميع البيانات اللازمة للبيع، والتي من بينها تاريخ البيع بالمزاد[3].

– وزيادة على ذلك يمكن انتابه قضائيا أو بالتماس من الخصوم للقيام بمعاينات بحتة أو إنذارات دون استجواب أو تلقي تصريحات بناء على طلب الأطراف.

[1] – نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 196.

[2] – المادة 600 ق.إ.م.إ فقرة أولى:" لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي والسندات التنفيذية هي:

1– أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية، والأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل........"

[3] – المادة 749 من ق.إ.م.إ على ما يلي:" يحرر المحضر القضائي قبل جلسة البيع بالمزاد العلني بثلاثين (30) يوما على الأكثر وعشرين (20) يوما على الأقل، مستخرجا من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع موقّعا منه، ويقوم بنشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني على نفقة طالب التنفيذ.

ويتم إعلان ذلك المستخرج وفقا لما نصت عليه المادة750 من نفس القانون في العقار محل القسمة والبلدية وقباضة الضرائب التي يكون العقار في دائرة اختصاصها وفي لوحة الاعلانات في المحكمة، وفي جريدة يومية أو وطنية حسب أهمية العقار[1].

تجدر الإشارة إلى مسألة هامة وهي أن الاعلان عن المزايدة على العقار محل التصفية يتم وفقا للشكل السالف الذكر في القسمة أو المزايدة التي يختلف الشركاء فيها بشأن دخول الأجانب عن المال المشاع في المزايدة، أما إذا اتفق الشركاء المتقاسمون على اقتصار المزايدة بينهم فلا يتم اعلان المزايدة في الأماكن العمومية أو في الجرائد أو على الباب الرئيسي للعقار محل التصفية[2] ، بل يبلغ مستخرج البيع للأطراف والدائنين الذين اعترضوا على بيع المال المشاع بالمزاد بغير تدخلهم، والدائنين المقيدة حقوقهم وفقا للمادتين 728 و729 من القانون المني الجزائري السالفتين الذكر.

ويصوغ للشركاء في الشيوع، والدائنين المتدخلين في قسمة التصفية، طلب إلغاء الاعلان عن المزايدة، إذا كانت إجراءات النشر لم تتم وفقا للطريقة التي رسمها المشرع الجزائري في نص المادتين 749 و750 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، ويفصل القاضي في هذا الطلب بأمر غير قابل لأي طعن، فإذا

يتضمن المستخرج، فضلا عن البيانات المعتادة ما يأتي:

1. اسم ولقب كل من الدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العين يإن وجد وموطن كل منهم،
2. تعيين العقار كما ورد في قائمة شروط البيع،
3. الثمن الأساسي لكل جزء من العقار و/ أو الحق العيني العقاري،
4. تاريخ وساعة البيع بالمزاد العلني،

تعين المحكمة التي يجري فيها البيع أو أي مكان آخر للبيع."

[1] – المادة 750 من ق.إ.م.إ على ما يلي :"يتم تعليق ونشر الاعلان عن البيع بالمزاد العلني وفق ما يأتي:

1. في باب أو مدخل كل عقار من العقارات المحجوزة أرضا أو مباني،
2. في جريدة يومية أو وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار المحجوز،
3. في لوحة الاعلانات بالمحكمة التي يتم فيها البيع،
4. في لوحة الاعلانات بقباضة الضرائب والبلدية التي يوجد فيها العقار،
5. في الساحات والأماكن العمومية،
6. وفي أي مكان آخر يحتمل أن يضمن جلب أكبر عدد ممكن من المزايدين.

يثبت نشر وتعليق الاعلان بتقديم صورة من الجريدة، أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الاعلان المنشور ويرفع مع ملف التنفيذ."

[2]– Said Belkheir, Succession partage, vente sur licitation, Alger, Edition Zakaria, 1er édition, 1992, PP 22-23.

كان الطلب مؤسسا قرر القاضي تأجيل البيع وإعادة الاعلان على نفقة المحضر القضائي، أما إذا لم يكن الطلب مؤسسا رفض القاضي طلب المعني ويأمر بافتتاح المزاد، ويجب في مختلف الأحوال تقديم طلب إلغاء إجراءات النشر قبل جلسة البيع بثلاثة أيام على الأقل[1].

خامسا: جلسة البيع بالمزاد العلني

نظم المشرع الجزائري قواعد المزايدة في العقار في المواد من 753 إلى 765 قانون الإجراءات المدنية والادارية، إذ يتم البيع برئاسة رئيس المحكمة أو قاض يعين لهذا الغرض بحضور الأطراف والمحضر القضائي وأمين الضبط والدائنين وذلك في الجلسة والساعة المحددة لذلك، وبحضور كذلك المزايدين الذي لا يقل على ثلاثة أطراف إذا كانت المزايدة مفتوحة للغير، وللقاضي أن يأمر بتأجيل الجلسة بناء على طلب أحد الأطراف إذا كان عدد المزايدين قليل أو كانت العروض ضعيفة، ويتم إعادة إجراءات النشر والتعليق على نفقة طالب التأجيل. فحددت المادة 753 كيف يقوم رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعين لهذا الغرض بالإشراف على جلسة البيع وله أن يتخذ ما يراه مناسبا لمقتضيات البيع بالمزاد العلني، وله أن يؤجل جلسة البيع إذا وجدت أسبابا جدية من بينها قلة المزايدين عن النسبة المحددة قانونا أو ضعف العروض، وفي هذه الحالة تعاد إجراءات النشر والتعليق على نفقة من طلب التأجيل.

تجدر الإشارة إلى مسألة هامة وهو أنه على القاضي قبل افتتاح جلسة البيع أن يتحقق من حضور الأطراف وتبليغهم بثمانية أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة، ويصوغ للقاضي زيادة على قلة المزايدين وضعف العروض أن يأمر بتأجيل البيع بالمزاد، إذا اعتبرهما المشرع من بين الأسباب الجدية

---

[1] – ق.إ.م.إ المادة 751 : " يمكن للدائنين الحاجزين والدائنين المتدخلين في الحجز، والمدين المحجوز عليه ، والحائز والكفيل العيني، تقديم عريضة إلى رئيس المحكمة لطلب إلغاء إجراءات النشر والتعليق قبل جلسة البيع بثلاثة (3) أيام على الأقل، وإلا سقط حقهم في ذلك.
يفصل رئيس المحكمة في طلب الإلغاء يوم البيع وقبل افتتاح البيع بالمزاد العلني، بأمر غير قابل لأي طعن.
إذا قرر إلغاء إجراءات النشر والتعليق، أجل البيع إلى جلسة لاحقة وأمر بإعادة هذه الإجراءات على نفقة المحضر القضائي.
إذا فصل برفض طلب الإلغاء، أمر بافتتاح البيع بالمزاد العلني فورا."

اتي يستند عليها القاضي في تأجيله للبيع[1]، الأمر الذي يدعو التساؤل بالنسبة لبقية الأسباب، ومعيار الجدية فيها لتصلح أن تكون أساس يستند عليه القاضي في تأجيله لجلسة البيع بالمزاد العلني.

وإذا ما حضر الأطراف وتحقق القاضي من شروط البيع والنشر والتبليغ، أمر بافتتاح جلسة البيع ويذكر شروط البيع والسعر الأساسي ثم يحدد المصاريف ومبلغ التدرج على أن لا يقل في جميع الأحوال عن 100.00دج.

فإذا لم يتوفر نصاب المزايدين أو كانت العروض أقل من الثمن الأساسي أو لم يتقدم أي مزايد بأي عرض خلال 15 دقيقة في هذه الحالة تعاد إجراءات النشر والتعليق، وفي الجلسة الجديدة ودون الأخذ بعين الاعتبار عدد المزايدين أو إذا كانت العروض أقل من قيمة الثمن الأساسي يقرر الرئيس تأجيل الجلسة وإنقاص عشر الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق، ويباع العقار لمن تقدم بأعلى عرض ولو كان أقل من الثمن الأساسي[2].

[1] – ق.إ.م.إ المادة 753 : "يجري البيع بالمزاد العلني في جلسة علنية برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة شروط البيع، في التاريخ والساعة المحددين لذلك، وتكون بحضور المحضر القضائي وأمين الضبط، وحضور الدائنين المقيدين والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العيني إن وجد، أو بعد إخبارهم بثمانية (8) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة، وحضور عدد من المزايدين لا يقل عن ثلاثة (3) أشخاص.

يجوز تأجيل البيع بالمزاد العلني بطلب من أطراف الحجز إذا كان للتأجيل أسباب جدية، لا سيما قلة المزايدين وضعف العروض.

تعاد إجراءات النشر والتعليق على نفقة طالب التأجيل."

[2] – ق.إ.م.إ المادة 754: " بعد افتتاح جلسة البيع، يقوم الرئيس بالتحقق من حضور أو غياب أطراف الحجز وإتمام إجراءات التبليغ الرسمي والنشر والتعليق.

إذا كانت هذه الإجراءات صحيحة، يأمر بافتتاح المزاد العلني، ويذكر بشروط البيع ونوع العقار و/ أو الحق العيني العقاري المعروض للبيع، والثمن الأساسي والرسوم والمصاريف، ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة حسب أهمية العقار و/ أو الحق العيني العقاري، وفي جميع الأحوال لا يقل عن عشرة آلاف دينار (10.000دج) في كل عرض.

إذا لم يتوفر النصاب من المزايدين أو كان العرض أقل من الثمن الأساسي للمزايدة ، أو لم يتقدم أحد بأي عرض خلال خمس عشرة (15) دقيقة، أثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة، وقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة بذات الثمن الأساسي."

ويتم بيع العقار أو العقارات بالتتابع ويمنع بيعها بالجملة[1]، ويرسو المزاد على من تقدم بأعلى عرض من المزايدين ويعتمد الرئيس في ذلك النداء ثلاث مرات متتالية تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة، ويجب على من رسى عليه المزاد أن يدفع في الجلسة 1/5 خمس الثمن والمصاريف والرسوم المستحقة أما باقي الثمن 4/5 فيدفعه في أجل ثمانية أيام من تاريخ رسو المزاد وفي الحالة المخالفة يتحمل نفقة إعادة البيع وفرق الثمن إذا أعيد بيع العقار بمبلغ أقل من الثمن الذي رسى عليه المزاد، ولا يكون له الحق في الزيادة إذا بيع بثمن أعلى[2].

وتجب الاشارة الى أنه لا ينعقد البيع بالمزايدة إلا برسو المزاد ويسقط بمزاد أعلى ولو كان باطلا وهو نص المادة 69 من ق.م.ج[3].

كما يقوم رئيس المحكمة بتقدير مصاريف إجراءات التنفيذ بما فيها أتعاب المحضر القضائي بموجب أمر على عريضة، تقدم من طرف هذا الأخير أو من أحد الدائنين، ويعلن عن هذا التقدير قبل افتتاح المزاد العلني وينوه عنها في حكم رسو المزاد فيما بعد، وتقتص هذه الأتعاب قبل أي قسمة وهو نص المادة 752 من قانون الإجراءات المدنية والادارية [4].

---

[1] – تنص الفقرة الأولى من المادة 756 من ق.إ.م.إ: "يجري بيع العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية بالتتابع، وإذا تناول البيع عدة عقارات و/ أو حقوق عينية عقارية تقع في دوائر محاكم مختلفة، يتم البيع حسب تتابع قيد الحجز المنصوص عليه في المادة 724 أعلاه."

[2] – تنص المادة 757 من ق.إ.م.إ:" يرسو المزاد على من تقدم من المزايدين بأعلى عرض وكان آخر مزايد. يعتمد الرئيس العرض الذي لا يزاد عليه بعد النداء به ثلاث (3) مرات متتالية، تفصل بين كل نداء دقيقة واحد،

يجب على الراسي عليه المزاد أن يدفع حال انعقاد الجلسة، خمس الثمن والمصاريف والرسوم المستحقة، ويدفع المبلغ الباقي في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام بأمانة ضبط المحكمة.

إذا لم يودع الراسي عليه المزاد باقي الثمن كاملا في المادة المحددة في الفقرة أعلاه، يتم إعذاره بالدفع خلال خمسة (5) أيام، وإلا أعيد البيع بالمزاد العلني على ذمته.

تنص المادة **758** ق.إ.م.إ :" يلزم الراسي عليه المزاد المتخلف عن دفع الثمن في أجل ثمانية (8) أيام المنصوص عليه في المادة 757 أعلاه، بفرق الثمن إذا أعيد بيع العقار بثمن أقل من الثمن الراسي به المزاد ولا يكون له الحق في الزيادة إذا بيع بثمن أعلى.

[3] – المادة 69 : " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسم المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلا."

[4] – تنص ا لمادة **52** : " يقدر رئيس المحكمة مصاريف إجراءات التنفيذ بما فيها أتعاب المحضر القضائي بموجب أمر على عريضة، تقدم من طرف هذا الأخير أو من أحد الدائنين، ويعلن عن هذا التقدير قبل افتتاح المزاد العلني، وينوه عنها في حكم رسو المزاد فيما بعد."

أما عن انتقال الملكية فيتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية إذا تعلق الأمر بعقار و/أو بحق عيني عقاري لأجل اشهاره خلال أجل شهرين من تاريخ صدوره، ويترتب على صدوره تطهير العقار من كل التأمينات العقارية حسب نص المادة 762 من قانون الإجراءات المدنية والادارية التي تنص على ما يلي: "تنقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني، وكذلك كل الارتفاقات العالقة بها، ويعتبر حكم رسو ا لمزاد سندا للملكية.
يتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهاره خلال أجل شهرين (2) من تاريخ صدوره."
فالحكم القاضي بالقسمة أو رسو المزاد العلني سند رسمي[1]، يقبل الشهر بالمحافظة العقارية طبقا لنص المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري[2]، وتعتبر هذه العملية في رأي جانب من الفقه نوع من انواع رقابة الدولة على السوق العقاري للتحكم في أسعار العقارات وتجنب التلاعبات وتمكين الخزينة العمومية من تحصيل رسوم التسجيل والشهر العقاري[3].

نخلص بالقول بأن البيوع العقارية المملوكة على الشيوع بالمزاد العلني، هي تلك البيوع التي نظم المشرع أحكامه وفقا للمادتين 786و787 من قانون الإجراءات المدنية والادارية وهي ليست تنفيذا جبريا لعدم وفاء المدين، إنما يتعلق الأمر في هذه الحالة بحكم أو قرار نهائي فاصل في دعوى قسمة ملكية شائعة وفقا لأحكام المادة 722 من القانون المدني الجزائري لاستحالة القسمة عينا، فلا وجود في هذه الحالة لدائنين أو مدينين، وفي حالة تعذر القسمة أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة العقار المملوك على الشيوع يباع هذا الأخير بناء على قائمة شروط البيع يعدها المحضر القضائي ويودعها لدى أمانة ضبط المحكمة كما يقوم المحضر بتبليغ القائمة إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية وجميع المالكين على الشيوع.

إن المشرع الجزائري كسائر التشريعات العربية الأخرى نظم قسمة التصفية على اعتبار أن الموال محل التصفية عقارات، بحكم ان العقار يحتل مكانة مادية ومعنوية في الأموال، وفي مقابل ذلك غاب النص على قسمة التصفية بالنسبة للمنقولات خاصة في عصر أصبحت بعض المنقولات تنافس

---

[1] – بريك الطاهر، المركز القانوني للمحافظ العقاري، دار الهدى للنشر، طبعة 2013، ص 87.

[2] – المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتضمن تأسيس السجل العقاري، المادة 61:" كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

[3] – رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب للنشر، طبعة 2001، ص 39.

قيمة العقار في الجانب المادي، كالبواخر التي شاع امتلاكها وبعض السيارات الفخمة، وهذا النوع من الأموال لا يمكن قسمته عينا بين الشركاء في الشيوع بغض النظر عن مصدر الشيوع، فلا محال من بيعه بالمزاد وقسمة ثمنه.

ويرى جانب من الفقه أنه يتم تصفية المال المشاع إذا كان منقولا ببيعه وفقا لإجراءات بيع المنقول[1]، فيقوم محافظ البيع قبل بيع الأموال المنقولة بالمزايدة بإحالة الأطراف إلى خبير معتمد ليقوم بتقويم الأموال محل الشيوع، كما يقوم من يهمه الأمر بالتعجيل بإعداد قائمة بالأموال المنقولة ليضعها تحت تصرف الخبير، أو انتقال الخبير إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك.

أول ما يقوم به الخبير هو التأكد من صحة قائمة الأموال المنقولة، ولا يقتصر دوره على مدى مطابقة المنقولات للقائمة بل يتأكد من سلامة المنقولات، فاذا كان محلا تجاريا يرى إذا كان مكتمل الأركان، وإذا كان مركبة يرى إن كانت في حالة جيدة، و كذا نسبة اهتلاكها.

بعد أن ينهي الخبير مهامه ويقوم بتحديد القيمة التجارية لهذه المنقولات و إعداد تقرير لتقدير وتقويم الأموال المنقولة(Valeur Vénale)، الذي يبين فيه ما إذا كانت الأموال المنقولة المملوكة على الشيوع قابلة للقسمة أم لا، ثم يحال الأطراف إلى محافظ البيع بالمزايدة الذي يقوم بالبيع متبعا الاجراءات المتداولة التي تبدأ بالإعلان في الجرائد، ويستبعد هذا الاجراء الأخير في حالة اقتصار المزايدة على الشركاء، أما بخصوص جلسة البيع بالمزاد يتم الاعلان عنها وفقا للطريقة المبينة في بيع العقار عن طريق المحضر القضائي، تفتتح بداية جلسة البيع بتحديد شروطها وبعرض السعر الافتتاحي، وتبدأ المزايدة ويرسوا المزاد لمن تقدم بأعلى سعر، وتنتقل الملكية في المنقول بتسليم الراسي عليه المزاد للثمن، وبالنسبة لمحافظ البيع بالمزايدة بتسليم المنقول محل البيع.

ما نخلص له في هذا الفرع من الأطروحة، أن المشرع الجزائري شأنه شأن سائر التشريعات العربية رسم إجراءات لا تتم قسمة التصفية إلا باتباعها، والخطوة الأولى لقسمة التصفية، هي صدور حكم يقضي ببيع المال المشاع بالمزاد العلني لعدم قابليته للقسمة، كما يتم تحضير قائمة شروط البيع وتبليغها للأطراف لإتاحة الفرصة للأطراف لتقديم الاعتراضات، كما يتم الاعلان عن البيع وفقا لما يحدده القانون ويحدد تاريخ للجلسة أين يتم البيع وفقا لمن يتقدم بأعلى سعر، ويأخذ الشركاء حقوقهم نقدا لاستحالة استفاء الحصة عينا لجميع الشركاء.

[1] – ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 126، أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 126.

الفصل الثاني: القيود والآثار المترتبة عن القسمة النهائية للمال المشاع

تمثل قسمة المال المشاع الصيغة التنفيذية للشركاء في الشيوع على المال، وتتحول بموجبها الأنصبة الرقمية إلى أجزاء مادية، وبها يتحقق ويتجسد نصيب كل شريك في المال المشاع، وبالقسمة النهائية تنتهي حالة الشيوع والمشاكل التي تترتب عنه[1]، كونه حالة غير مرغوب فيها يملك فيها أشخاص أموال شائعة طواعية أو جبرا، تحتدم فيها الحقوق والسلطات ما ينجم عنها اختلاف واختلال بين الشركاء ما يدفع بعضهم أو كلهم لاقتسام المال المشاع عين أو تصفية، اختيارا أو جبرا .

غير أن إجراء قسمة المال المشاع وتحويل الأنصبة إلى أجزاء مادية أو تصفية المال لاقتسام ثمنه قد يتخلله بعض القيود قد تحول دون إجراء هذه القسمة وبالتالي الحيلولة دون استفاء الحق المشاع ماديا والاجبار على البقاء في الشيوع، مؤقتا أو نهائيا[2].

ومتى زالت هذه القيود جاز إجراء القسمة النهائية للمال المشاع، والتي يترتب عنها كشف الأنصبة المادية للشركاء واستفاء الحقوق مفرزة بعدما كانت سهم جاري في مجموع الأموال الشائعة.

[1] - PHILIPPE Malaurie,opt cit , p 399.

[2] – زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، دون مكان وتاريخ نشر الطبعة الثالثة، الجزء الأول، ص376.

المبحث الأول: القيود الواردة على قسمة المال المشاع

الشيوع صورة خاصة من أنواع الملكية وحالة تحتدم فيها السلطات والحقوق على نفس المال، وطلب إجراء القسمة للتخلص من مساوئ الشيوع ومشاركة المال مع الغير نتيجة حتمية في الشيوع الذي يكون فيه مصدر الشيوع الميراث لأنه من بين الحالات التي يجد فيها الشخص نفسه مالكا على الشيوع دون إرادته شأنه شأن الوصية، مما يدفع الشريك للمطالبة بقسمة المال المشاع وإفراز نصيبه من الشيوع ويستجاب لطلبه وديا بإجراء قسمة اتفاقية حسب الأنصبة والأسهم التي يملكها كل شريك، أو قضائيا متى اعترض شريك أو اكثر على إجراء القسمة ليتولى إجراء القسمة عينا أو تصفية بحسب طبيعة المال المشاع.

ولكن في بعض الحالات يجد الشريك نفسه مقيدا في طلبه لإجراء القسمة، إما لوجود اتفاق مسبق يقضى بالبقاء في الشيوع، وإما لوجود نص يقضي بإجراء القسمة وفقا للشكل الذي رسمه القانون أو يمنع من إجرائها من أجل الغاية التي أعد من أجلها هذا الشيوع[1]، فالقسمة هنا منظمة بنص قانوني وليست مرهونة برغبة الشركاء نظرا لطبيعة المال المشاع محل القسمة[2]، هذه القيود منها ما يمنع الشريك من طلب القسمة ومنها ما يعطل طلب الشريك ويؤجله[3].

---

[1] – Alex Weill, droit civil, (les biens), deuxième édition, DALLOZ, imprimerie reliure maison mame, Paris, 1974, PP186-187.

[2] – ق.م.ج. المادة الفقرة الأولى: "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق."

[3]– أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 231.

المطلب الأول: القيود المؤقتة لقسمة المال المشاع.

يتفق الشركاء في بعض الحالات في الملكية الشائعة على البقاء في الشيوع، والاستمرار في مشاركة المال مع الغير، وذلك بموجب عقد يبرم بين الشركاء يتراضى بموجبه الشركاء على تأجيل القسمة النهائية للمال المشاع، هذا الاتفاق ملزم للشركاء ولا يمكن لأحدهم مخالفته، كما لا يستجيب القاضي لطلب الشريك لإجراء القسمة إذا ما كان متفقا مسبقا مع سائر الشركاء على البقاء في الشيوع، ويجب أن يكون الاتفاق الذي يقضي بالبقاء في الشوع تم إبرامه أثناء حالة الشيوع وأن يتم بموافقة جميع الشركاء، وأن يبرم وفقا للشكل الذي رسمه القانون. ومن بين الحالات التي يتفق فيها الشركاء على تأجيل القسمة عقد المهايأة وهو قسمة مؤقتة غرضها الانتفاع بالمال المشاع، ونطبق هنا أحكام قسمة المهايأة والتي سبق وان تطرقنا إليها، كما قد يتفق الشركاء على البقاء على الشيوع لمدة معينة لاتخاذهم الملكية الشائعة مقاولة او مشروع لكسب مال ينتفع به الشركاء كل حسب حصته الشائعة.

والاتفاق على البقاء على الشيوع وإجراء القسمة النهائية لا يجوز أن يمنح لأجل يفوق خمس سنوات، ومتى تم احترام هذا الأجل كان الاتفاق ملزما في مواجهة الشركاء وفي من يخلفهم[1] وهذه الصورة أدرجتها جل التشريعات العربية[2]، وفي لدى جانب من الفقه الفرنسي[1] سواء حددت المدة بين الشركاء أو لم تحدد في حالة البقاء على الشيوع الاتفاقي، يجب تحت طائلة البطلان كتابة الاتفاق في شكل معين.

---

[1] - ق.م.ج المادة 722 الفقرة الثانية: " لا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى اجل يجاوز خمس سنوات، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشرك وفي حق من يخلفه."

[2] - تنص المادة 834 من القانون المدني المصري في فقرتها الثانية على أنه": ":" ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى اجل يجاوز خمس سنين، إذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه" ويقابل هذا النص في التشريع السوري نص المادة 788 المطابقة، عن هذ النص أنظر عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، ص 883.ويقابل هذا النص في التشريع الليبي نص المادة 843 من القانون المدني في فقرتها الثانية. أنظر إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 110. وفي التشريع الأردني تنص المادة 2 من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 على

وفي التشريع الفرنسي يجوز للقاضي تأجيل إجراء القسمة النهائية إما لأن تصفية المال المشاع يتم في ظروف سيئة وغير مناسبة، أو أن أحد الشركاء طلب تخصيص عين معين في القسمة وفقا لأحكام التخصيصات التفضيلية في القسمة المنصوص عليها في التشريع الفرنسي وإما تأجيل القسمة لأسباب أسرية وتبق الأموال مشاعة بينهم مشكلة مؤسسة عائلية، على ان لا يتجاوز التمديد مدة سنتين[2].

ومن الصور التي أوردها المشرع الجزائري في القانون المدني والتي تقيد الشركاء من إجراء القسمة النهائية ملكية الأسرة، هذه الأخيرة اتفاق بين الشركاء على البقاء في الشيوع لمدة وخصه المشرع بنصوص قانونية شانه في ذلك شأن سائر التشريعات العربية، هذا النظام الذي يجد سنده في الفقه الاسلامي الذي كان السباق في التطرق إلى ملكية السرة إذ أجاز للورثة أن يستمرو في الإرث فيما ورثوه سيما إذا كانت الفائدة تعم على الأسرة كما لو كان المال استثمارا تجاريا يدير عليهم أرباح، أو سكنا ينتفعوا بالسكن فيه، أو أرضا زراعية يستغلونها، وهذا ما دفع التشريعات الغربية إلى سن هذا النظام في قوانينها[3].

ملكية الأسرة هي صورة خاصة من الملكية الشائعة نظم المشرع أحكامها في المادة 738 من القانون المدني الجزائري وما يليها، فقد يحدث وأن يبقى أفراد الأسرة في حالة الشيوع لاسيما بالنسبة للأموال التي ورثوها لمدة طويلة وذلك لما يجمع بينهم من وحدة العمل أو المصلحة كما لو كانت التركة مالا من أموال الاستغلال كأرض زراعية يستغلونه لمصلحتهم جميعا، وإما أن تكون العين الموروثة منزلا يسكنونه

أنه:" يجوز تأخير التقسيم لمدة لا تتجاوز خمس سنوات برضا الطرفين." عن هذا النص انظر احمد فلاح عبد البخيت المرجع السابق، ص 228، وفي التشريع اللبناني تنص المادة 841 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه : " يجوز الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة معينة أقصاها خمس سنوات ولا عبرة لأية زيادة على هذا الحد." عن هذا النص انظر محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 150.

[1] – GERARD Cornu, droit civil, les biensb 13[eme] édition, édition alpha 2009, p 138.

[2] – PHILIPPE Malaurie,opt cit , p 443.

[3] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص268.

جميعا، لذلك أفرد المشرع لملكية الأسرة تنظيما خاصا تراعى فيه معايير محددة سواء من ناحية الشركاء المكونين لها أومن ناحية شروطها أو حدودها.

وهذه الصورة من الشيوع أوردها المشرع

سأحاول من خلال هذا المطلب التركيز على ملكية الأسرة باعتبارها من أكثر الصور التي نجدها في الحياة العملية، والتي تثير العديد من الاشكالات في ما يتعلق بقسمة المال المشاع كونها قيد اتفاقي يحول دون إجراء القسمة النهائية، وقسمة موقوفة على إجازة الشركاء، وذلك بالتطرق إلى شروط انعقاد ملكية الأسرة وأحكامها.

الفرع الأول: شروط انعقاد ملكية الأسرة

تضمن المشرع الجزائري شروط ملكية الأسرة في المادة بنصها738 : "لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على انشاء ملكية الأسرة، وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملك للأسرة وإما من أي مال آخر لهم" ويطابق هذا النص في التشريع المصري نص المادة 851 من القانون المدني[1]، وفي التشريع الليبي نص المادة 855 من القانون المدني[2]، وفي التشريع الأردني تنص المادة 1061 من القانون المدني[3].

وفي الشرع الاسلامي أباح الشارع للبشر أن يتملكوا من الأموال أفراد أو أسرا، واستدل الفقه الإسلامي على مشروعية ملكية الأسرة في الآيتين من القرآن الكريم: قال الله تعالى:" يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ"، الآية 11 من سورة النساء وقوله تعالى" فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ" الآية 12 من سورة النساء، ووجه الدلالة أن الله تعالى شرع الميراث ملكية شائعة بين الأولاد قبل القسمة، كما تشير الآية الثانية اشتراك الاخوة في ملكية الأخ المتوفي الذي لا والد له ولا ولد[4].

وتعتبر ملكية الأسرة من صور الشيوع الإجباري المؤقت لا تطبق احكامها إلا بتوفر شروط وهي:

---

[1] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 170.

[2] – ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 138.

[3] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 268.

[4] – بسام مجيد سليمان العباجي، ملكية السرة دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع طبعة 2009، ص 58.

أولا: أن يكون أعضاؤها من أسرة واحدة

من حيث الأشخاص يشترط لقيام ملكية الأسرة أن يكون أعضاؤها من أسرة واحدة تجمعهم وحدة العمل والمصلحة ويتجه بعض الفقهاء للتحديد الضيق لمفهوم الأسرة مستندين في ذلك لنص المادة 32 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:" تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد."

وجانب آخر من الفقه يرى أن التحديد الضيق لمفهوم الأسرة يتنافى والغرض الذي أنشأت من أجله ملكية الأسرة وبالتالي يؤخذ بالمعنى الواسع للأسرة وهو المألوف بين الناس وهذا ما يؤيده الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مجلده الثامن حين تكلم عن الملكية ذلك لأن العلة في قيام ملكية الأسرة هي الرابطة القوية التي تقوم بين أعضائها أساس وحدة العمل والمصلحة وعليه نأخذ بالتعريف الوارد في قانون الأسرة على أنها الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية والقرابة[1].

ويستخلص من هذا النص أن يجب أن يؤخذ مصطلح الأسرة بصيغة مرنة تتكيف بحسب الظروف، فجميع الورثة ولو كان من بينهم الزوج أو الزوجة بمثابة أعضاء للأسرة الواحدة، كذلك لو كان للزوج أو للزوجة أخ مثلا يشترك معه في المال الشائع واتجهت رغبة هذا الأخ في الدخول في ملكية الأسرة فينظر إذا كانت وحدة العمل أو المصلحة تبرر دخول هذا الأخ في ملكية الأسرة.

إلا أنه يجب في كل الأحوال التقيد بالمعنى الحقيقي للأسرة في معناه الواسع، ولو أخذناها بالمعنى الواسع، إذ لا يكفي أن تقوم بين الشركاء في ملكية الأسرة صداقة وثيقة إذا لم يكونوا من أسرة

---

[1] – ق.أ.ج المادة 02:" الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع و تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة."

واحدة مهما دعمت هذه الصداقة من دوافع من وحدة العمل أو المصلحة[1]، وعلى ذلك يؤخذ بمفهوم واسع للأسرة الأقرباء بالنسب، وكذلك الزوج والزوجة[2].

ثانيا: توافر وحدة العمل أو المصلحة

يجب أن تجمع بين الشركاء وحدة العمل والمصلحة، كما لو اتفق أعضاء الأسرة على استغلال مال الأسرة استغلالا معينا يقتضي وحدة الإدارة أو إبقاء المال الشائع كتلة متماسكة حتى يمكن استغلالها على أحسن وجه و يرى اسماعيل غانم أن هذا الشرط لا يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق على ملكية الأسرة انما أراد المشرع بيان الصلة على ابرام الاتفاق[3] .

ثالثا: يجب ان يكون اتفاق أعضاء الأسرة مكتوبا

وهو شرط جوهري ويتعلق بالشكل، إذ يجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على انشاء ملكية الأسرة اتفاقا مكتوبا، والكتابة هنا شرط للانعقاد لا للإثبات فالاتفاق الغير مكتوب يكون باطل و لو أقر به المتعاقدون أو وجهت فيه اليمين ولكن المشرع لم يشترط الكتابة الرسمية بالأخذ بالمفهوم الحرفي للمادة يكفي الكتابة العرفية .

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1048.

[2] – دكتور نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 226.

[3] – أنور طلبة، المرجع السابق، ص 310.

والسبب في الكتابة هو أنه هذا النوع من الاتفاقات يدوم طويلا لذا اشترط في المشر ع الكتابة للرجوع إليه عند الحاجة، ويشترط في هذا الاتفاق أن تتوافر لدى أعضاء الأسرة المتعاقدين أهلية التصرف لأن الذي يضع ماله في ملكية الأسرة تتقيد حريته في التصرف كما سبق وأشرنا، ولا يجوز له طلب قسمته.

رابعا: ملكية أعضاء الأسرة للأموال وقت الاتفاق

يشترط في الأموال التي يقدمها أعضاء الأسرة لإنشاء ملكيتها أن تكون مملوكة لهم وقت الاتفاق، ولذلك لا يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة بالأموال التي ستؤول إلى أعضائها بالمستقبل.

ومصدر هذه الأموال قد تكون تركة يستبقيها الورثة على الشيوع ويديرونها إدارة مشتركة وعلى ذلك فإنه يسبق انشاء ملكية الأسرة في هذه الحالة شيوع عادي في الملكية بين الأعضاء وهذه هي الصورة الغالبة، وقد يكون مصدر هذه الأموال أموال مملوكة للأعضاء ملكية مفرزة، أو يكون بعضها مملوك على الشيوع والبعض الآخر مملوك ملكية مفرزة يتفق الأعضاء في ما بينهم على تقديمها لإنشاء ملكية الأسرة[1].

ويستوي أن تكون هذه الأموال عقارات أو منقولات على أنه بالنسبة للعقارات لن تنشأ ملكية الأسرة ولو كانت تلك العقارات مملوكة على الشيوع بين أعضاء الأسرة قبل الاتفاق إلا بالشهر العقاري، حيث تنص المادة 15 من الأمر 74/75 مؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد المسح العام و تأسيس السجل العقاري:

"كل حق ملكية وكل حق عيني آخر متعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ نشره في مجموعة البطاقات العقارية."

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 1049.

خامسا: التقيد بالمدة القانونية لملكية الأسرة

تنص المادة 739 من القانون المدني الجزائري: يجوز الاتفاق على انشاء ملكية لمدة لا تزيد عن خمسة عشر سنة، غير أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك ."

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع قد فرض حدا أقصى للمدة التي يجوز الاتفاق على بقاء ملكية الأسرة خلالها وهي خمسة عشر سنة، وفي هذا تختلف ملكية الأسرة عن الشيوع العادي الذي لا يجوز الاتفاق على البقاء فيه مدة تزيد عن خمسة سنوات طبقا لمقتضيات المادة 733 من القانون المدني الجزائري، لكن هذا الحكم لا يمنع بعد انقضاء المدة المتفق عليها من تجديدها بالاتفاق على مدة أخرى تسري من وقت الانعقاد، وعلى ذلك فإن ملكية الأسرة لا تتجدد بمجرد انقضاء مدتها دون أن يقوم الشركاء بالقسمة بل تنقلب إلى شيوع عادي، وإذا اتفق على مدة تزيد عن خمسة عشر سنة انقصت هذه المدة الى هذا الحد [1].

ولا يجوز للشريك أن يطلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق عليها، غير أن المشرع رأى أنه قد يطرأ أثناء هذه المدة ما يجعل أحد الشركاء في حاجة إلى إخراج نصيبه، ولذلك أجاز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن بإخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء المدة المتفق عليها إذا وجد مبررا قويا لذلك، ومثال ذلك إن اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله إلى مقر آخر أو احتاج مالا أو وقع بينه وبين أحد أعضاء الأسرة خلاف لا أمل في تسويته، وإذا لم تحدد مدة ملكية الأسرة كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في ذلك.

[1] – عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ،ص 1054.

وفي حالة قيام أحد الشركاء في الشيوع بالاستيلاء على أموال التركة باعتبارها مصدر من مصادر الشيوع فتطبق عليه أحكام المادة 363 من قانون العقوبات الجزائري التي أوردت عقوبة سالبة للحرية بالإضافة إلى غرامة مالية على الشريك الذي استولى على الأموال الشائعة.[1]

ما نستخلصه في هذا الفرع من الأطروحة هو أن المشرع الجزائري كسائر التشريعات العربية قيد ملكية الأسرة

[1] – الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يوليو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات النص الكامل للقانون إلى وتعديلاته غاية 25 فبراير 2009، تنص المادة 363 منه:" يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج الشريك في الميراث أو المدعي بحق في تركة الذي يستولي بطريق الغش على كامل الإرث أو على جزء منه قبل قسمته.

وتطبق العقوبة ذاتها على الشريك في الملك أو على أحد المساهمين الذي يستولي بطريق الغش على أشياء مشتركة أو على مال الشركة.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر.

ويعاقب على الشروع في الجنح المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة."

الفرع الثاني: أحكام القسمة الخاصة بملكية الأسرة

نظرا للمشاكل التي تطرحها ملكية الأسرة لاسيما في ما يتعلق بالتصرف فالقاعدة أنه لا يجوز لأي شريك أن يقتسم المال ضمن ملكية الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا، فقسمة ملكية الأسرة هي قسمة موقوفة على إجازة الشركاء أعضاء الأسرة، ولكن يجوز للشريك أن يطلب إخراج نصيبه من القضاء على النحو الذي أسلفنا ذكره، كما يجوز له أن يتصرف في نصيبه لأحد الشركاء، أو ينفذ على حقه في ملكية الأسرة وليس هناك ما يمنع من أن ينفذ دائن أحد الشركاء على نصيبه فيباع جبرا لأجنبي[1]، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 740من القانون المدني[2]، ويقابل هذه المادة في التشريع المصري المادة 853[3] ، والتشريع السوري المادة 808[4] والتشريع الليبي في المادة 857من القانون المدني، والتي تطابقها في الصياغة، وفي التشريع الأردني نص المادة 1063 من القانون المدني[5]، في حين لم يتطرق المشرع العراقي واللبناني لأحكام ملكية الأسرة[6].

وإذا تملك أجنبي حصة أحد الشركاء، سواء كان ذلك في بيع جبري أو في بيع اختياري وافق عليه سائر الشركاء، فإن هذا الشريك لا يصبح شريكا في ملكية الأسرة إلا باتفاق بينه وبين هؤلاء الشركاء، فإذا

---

[1] – دكتور نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 228-229.

[2] – ق.م.ج المادة 740: "ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأي شريك في الشيوع أن يتصرف في نصيبه لأجنبي إلا بموافقة الشركاء جميعا.

وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عليه، فلا يكون الأجنبي شريكا في ملكية الأسرة إلا برضاء باقي الشركاء."

[3] – ق.م.م.

[4] – ق.م.س.

[5] – محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 170.

[6] – عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص1053.

لم يتفق على ذلك فإنه يتعين إخراج الحصة التي آلت إلى أجنبي، وذلك للحفاظ على الغرض الذي أنشأت من أجله ملكية الأسرة[1].

هذا ويرى جانب من الفقه أنه حتى ولو اتحدت مصلحة الشريك الطارئ ومصلحة الشركاء أعضاء الأسرة الواحدة يبقى أجنبي عن ملكية الأسرة[2].

فيما عدا الأحكام السابقة الخاصة بالإدارة والتصرف تطبق قواعد الملكية الشائعة، أي قواعد الشيوع العادي على ملكية الأسرة كما تطبق قواعد الوكالة في العلاقة بين الشركاء والمدير وفي علاقتهم بالغير الذي تعامل مع هذا حسب مقتضيات المادة 742 من القانون المدني الجزائري [3].

من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر وبالتطلع على الواقع العملي نجد أن هناك حالات قليلة يتم فيها إبرام عقد ملكية الأسرة وذلك لعدة أسباب وهي :

- **السبب الأول:** الجهل بالنصوص القانونية لاسيما المادة 739 من القانون المدني الجزائري والتي تتضمن شروط انشاء ملكية الأسرة التي سبق ذكرها.
- **السبب الثاني:** هو التخوف من القيود الواردة على ملكية الأسرة، لأنه وحسب بعض الفقهاء[4] تصنف ملكية الأسرة ضمن أحكام الشيوع الاجباري، وهي تقيد الشركاء في الشيوع لا سيما في ما يتعلق ببيع وقسمة المال المشاع إذا كان داخل في ملكية الأسرة.

---

[1] – محمد وحيد سوار الدين، المرجع السابق، ص 176.

[2] – بسام مجيد سليمان العباجي، المرجع السابق، ص 62.

[3] – المادة ق.م.ج 742: " فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة".

[4] – رأي عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1047، محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 170، محمد محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 165.

- **السبب الثالث:** هو أن غالبية أعضاء الأسرة لا يريدون البقاء في حالة الشيوع بعد وفاة مورثهم لأن البقاء في الشيوع إذا لم يخلق مشاكل بين أعضاء الأسرة الواحدة، فإنه سيخلق مشاكل بين ورثة أعضاء ملكية الأسرة، لأنه حالة معقدة من الملكية تتشابك فيها الحقوق على نفس المال المشاع.

تجدر الاشارة إلى مسألة هامة وهي أن العديد من الأسر بعد وفاة مورثهم، لا يبادرون إلى القيام بإجراءات القسمة ولا إلى المبادرة لإنشاء عقد ملكية الأسرة، ما يستتبع معه زيادة عدد الشركاء في الشيوع بعد وفاة الورثة وبالنتيجة يصبح نصيب كل شريك في الشيوع ضئيل بالمقارنة بالمال الشائع[1]، ويصل الأمر في بعض الحالات إلى استحالة قسمة المال الشائع عينا، مما يدفع الورثة إلى اللجوء إلى القضاء لوضع حد لحالة الشيوع، لينقضي الشيوع ببيع المال المشاع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات قسمة التصفية التي أسلفنا شرحها.

ما نستخلصه أن لطلب قسمة المال المشاع قيود مؤقتة تزول بزوال المدة المتفق فيها على البقاء في الشيوع، حددها المشرع بخمس سنوات، وفرق المشرع بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان الشركاء أجانب عن بعض ولا تربطهم صلة قرابة أجاز لهم المشرع الاتفاق على تأجيل القسمة واستبعادها لأجل لا يتجاوز خمس سنوات وتجدر الاشارة إلى خطأ في صياغة الفقرة الثانية من المادة 722 حينما ادرج المشرع لفظ منح القسمة، والأصح هو منع واستبعاد القسمة وهذا ما يتضح بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية Exclure le partage فالقسمة تمنع وتؤجل اتفاق الشركاء، وحسن ما فعله المشرع بإدراج هذه الفقرة، فبالرغم من كون الشيوع حالة غير مرغوب فيها والقسمة مطلب

[1] – إبراهيم محمد خيثر، حقوق الورثة في ميزان الشرع والعقل، دار هومة للنشر، الطبعة الثانية لسنة 2014، ص 7.

شرعي، فقذ يكون في تعجيل القسمة ضرر للشركاء وانقاص في قيمة المال محل القسمة كون ظروف القسمة لا تساعد على إجرائها أو أنها في غير مصلحة الشركاء.

الحالة الثانية: الشركاء أعضاء الأسرة الواحدة يجوز لهم إنشاء ملكية الأسرة، وحفاظا من تبدد المال ودخول الأجانب في ملكية الأسرة أجاز لهم المشرع الاتفاق على البقاء في الشيوع.

فالقسمة في كلا الحالتين موقوفة على إجازة الشركاء بإجماعهم ولا يجوز لهم إذا اختلفوا أن يقتسموا المال المشاع، لأن اتفاقهم عقد ملزم يسري عليهم وعلى من يخلفهم وتجدر الاشارة أنه في القيود المؤقتة بالإضافة إلى الاتفاق على البقاء في الشيوع، وانعقاد ملكية الأسرة قد يكون المانع المؤقت من طلب القسمة هو حكم قضائي يصدر عن القضاء يقضي بتأجيل القسمة وهذا ما نهجه المشرع المصري صراحة على خلاف المشرع الجزائري الذي سكت عن حكم المسألة وذلك في نص المادة 41 من قانون الولاية على المال المصري بنصها:" إذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر، فللمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة، أن توقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها ان في التعجيل بها ضرر جسيم[1]."

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 881

المطلب الثاني: القيود النهائية لقسمة المال المشاع

إن حق الشركاء في طلب القسمة النهائية غير مقيد مؤقتا فقط بالاتفاق السابق في ما بينهم على البقاء في الشيوع، أو بحكم قضائي يقضي بتأجيل القسمة، بل طلب إجراء القسمة النهائية للمال المشاع مرتبط بقيود أخرى رسمها المشرع الجزائري كسائر التشريعات العربية، يرجع بعضها إلى الهدف الذي وجد من أجله المال الشائع الذي لا يحتمل القسمة إذ يجبر الشركاء على البقاء في الشيوع لأن الغاية التي وضع من أجلها المال المشاع تقتضى البقاء في حالة الشيوع، والبعض الآخر من القيود حدده المشرع في العقارات المراد قسمتها بين الشركاء من اجل البناء عليها، أو في العقارات المبنية والأراضي الفلاحية التي تكون مملوكة على الشيوع وتتميز هذه القيون أنها ضابطة للقسمة متى احترمها الشركاء جازت القسمة على خلاف القود الغائية والتي تمنع طلب القسمة، وتشترك كل منهما في أنها نهائية غير مقيدة بمدة زمنية على خلاف القيود المؤقتة، والتي يرفع منع طلب القسمة عنها بانتهاء المدة المتفق عليها أو التي حددها القضاء.

الفرع الأول: القيود الموضوعية لطلب إجراء قسمة المال المشاع

الأصل في المال المشاع أنه حالة مركبة في الملكية غير مرغوب فيها إذ تتعدد فيها الحقوق العينية على نفس المال المشاع، وتحتدم فيها سلطات الأفراد على حق المليكة المملوك على الشيوع، وكأصل عام لا يجوز إجبار أي شريك على البقاء في الشيوع نظرا للمشاكل التي يثيرها المال المشاع في الحياة العملية، ولكن المشرع أورد استثناء في بعض الأموال والتي لم تحددها غالبية التشريعات على سبيل الحصر، بل اكتفت بالمعيار الغائي من وجود هذه الأموال الشائعة، أو الذي وجدت من أجله.

نص المشرع الجزائري في نص المادة 737 من القانون المدني:" ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته، إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع."

لم يبين المشرع الجزائري الأموال التي يمنع الشركاء المطالبة بقسمتها على اعتبار الغاية منها البقاء في الشيوع، مما دفع الفقه للاجتهاد وإعطاء بعض الأمثلة، اذ اعتبر الفقه المدافن العائلية والوثائق الخاصة بالأسرة الواحدة من قبيل الأموال التي لا يجوز طلب قسمتها[1].

القيد الغائي تبناه بدوره المشرع المصري في القانون المدني وهو ما تنص عليه المادة 850 من القانون المدني والتي تطابق نص المادة 737 من التشريع الجزائري السالفة الذكر[2]، ويرى جانب من الفقه أن حق الشريك طبقا لنص المادة 850 من القانون المدني المصري ليس مقيد في حق طلب القسمة بل حتى في حقه في التصرف، إذ لا يجوز له التصرف في المال المشاع بشتى أنواع التصرف، إذا كان هذا التصرف يتنافى والغرض الذي أعد له من المال المشاع، وبالتالي الفقه وسع من المعيار الغائي ليشمل التصرف أيضا، ففي مدافن الأسرة مثلا لا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة أو أن يطلب القسمة لأن حقه يتعارض والغرض الذي اعد من أجله المال، والذي يقتضي البقاء على الشيوع[3].

وفي القانون المدني الأردني تعبر الأموال المعدة للبقاء في الشيوع من قبيل الأموال الشائعة الإجبارية أصليا، فالمال في بدايته خصص ليبقى دائما في الشيوع وليس للشركاء طلب قسمته[4]، وهذا ما تنص عليه المادة 1060 من القانون المدني بنصها:" مع مراعاة ما جاء في المادتين1043 و1044 من هذا القانون

---

[1] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 232.

[2] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، 172.

[3] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 233.

[44] – محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق، ص139.

ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي خصص له هذا المال أنه يبقى دائما على الشيوع.[1]"

أما المشرع اللبناني لم يكتف بالمعيار الغائي فقط و الذي يحول دون طلب القسمة النهاية للمال المشاع بسبب الغرض الذي أعد من أجله المال المشاع، بل اعتبر الأموال التي لا تصبح صالحة للاستعمال بعد قسمتها لا يجوز بداءة طلب قسمتها، وذلك ما نستخلصه ضمن المادة 842 من قانون الموجبات والعقود اللبناني بنصها:" لا يجو طلب القسمة، إذا كان موضوع الشركاء أشياء لا تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المعدة له[2]."

ومن صور الأموال التي لا يجوز طلب قسمتها بسبب الغرض الذي أعدت من أجله الأجزاء المشتركة المملوكة على الشيوع في العقارات المبنية، والتي حدها المشرع الجزائري على سبيل الحصر في المادة 745 من القانون المدني[3]، هذه الأجزاء المملوكة على الشيوع أنشئت لخدمة الجزء الخاص التابع

---

[1] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 232.

[2] – ق.م.ع.ل.

[3] – المادة 745 ق.م.ج:" تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاكين المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع الملاكين المشتركين أو لأكبر عدد منهم.
وتعد أجزاء مشتركة ما يلي:
–الأرض والأفنية، والبساتين، والجنائن، والمداخل.
– الجدران الأساسية في البناء، وأدوات التجهيز المشتركة بما فيها أجزاء الأنابيب التابعة لها والتي تمر على المحلات الخاصة.
– الخزائن وغلاف ورؤوس المداخل المعدة للاستعمال المشترك.
– الرواق الخارجي، والدرابيز والأسطح ولو خصصت كلها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد.
– المحلات المستعملة للمصالح المشتركة.
– القاعات الكبرى وممرات الدخول والدرج والمصاعد.
وتعد حقوق بالتبعية للأجزاء المشتركة ما يلي:

لها، ولا يجوز طلب قسمتها هـ، فهي صورة من صور الشيوع الإجباري فبالرغم من أن الشركاء يملكون حصص فيه إلا أنه لا يمكن قسمته لأنه تابع للأجزاء الخاصة[1]، وهذا ما تنص عليه المادة 747 من القانون المدني بنصها:" لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة[2]."

وأكدت المحكمة العليا في القرار رقم 76988 المؤرخ في 1991/07/10 بضرورة إبقاء الأجزاء المشتركة على الشيوع وذلك حينما أيدت قرار القاضي الذي صادق على تقرير الخبرة التي قضت بالبقاء على الشيوع، كون القسمة تضر بحقوق الأطراف ولا تتماشى والغرض الذي وجدت من أجله الأجزاء المشتركة المملوكة على الشيوع من أجل خدمة الأموال المفرزة التابعة لها[3].

ويطابق نص المادة 747 السالفة الذكر المادة 850 من القانون المدني المصري[4]، و نص المادة 742 من قانون الموجبات والعقود اللبناني[5]، وتعتبر هذه الأموال من الأموال الشائعة شيوعا تبعيا، لأن الهدف منها هو تيسير الانتفاع بالعقارات التي يملكها كل من الشركاء ملكية مفرزة، وهذا ما يميز الشيوع الإجباري الأصلي عن الشيوع الاجباري التبعي فمحل الشيوع الإجباري التبعي أموال على الشيوع لمالكين

– حق تعلية العمارة المعدة للاستعمال المشترك، أو المحتوية على عدة محلات تكون أجزاء خاصة مختلفة.

– الحق في بناء عمارات جديدة بالأفنية، والبساتين، أو الجنائن التي تكون أجزاء مشتركة."

[1] – Nadége Reboul-Maupin, Droit des bien, édition Dalloz 2006,P319.

[2] – تومي مريم، النظام القانوني للملكية المشتركة في الجزائر، دار الكتاب الحديث للنشر، طبعة 2014، ص 157.

[3] – المجلة القضائية للمحكمة العليا سنة 1992، العدد الثالث، ص 35.

[4] – نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 233.

[5] – عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق ص 256.

مختلفين مخصصة لخدمة العقارات التي يملكها كل منهم ملكية مفرزة، بينما محل الشيوع الاجباري الأصلي أموال مخصصة بطبيعتها لخدمة أو استعمال الجماعة [1].

ومنع طلب قسمة الأجزاء المشتركة المملوكة على الشيوع في العقارات المبنية موقف تبناه المشرع الأردني، ومنع القسمة والتصرف في هذه الأجزاء بمعزل عن الأجزاء الخاصة التابعة لها وذلك في نص المادة 1076 من القانون المدني بنصها:" الأجزاء المشتركة من المبنى والمنصوص عليها في المادة 1066 لا تقبل القسمة ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة نصيبه في الدار وليس لأي مالك أن يتصرف في نصيبه مستقلا عن الجزء الذي يملكه[2]."

وفي التشريع الفرنسي وضع المشرع في القانون المدني مبدأ هاما وآمرا[3]، ومضمونه طلب القسمة حق يستطيع الشريك أن يطلبه مالم يوجد منع قانوني من طلبه أو اتفاقي وهذا ما تنص عليه المادة 815 صراحة من القانون المدني الفرنسي بنصها :

« Nul ne peut être contraint a demeurer dans l'indivision, et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires ».

وهذا النص في منظور جانب من الفقه إنما جاء مراعاة للمصالح الاقتصادية للشركاء، فلا يمكن إجبار الشريك البقاء في الشيوع إذا كانت مصلحته لا تتماشى والبقاء في الشيوع[4].

---

[1] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 231.

[2] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 287.

[3] – Henri léon, Henri Mazeaud, leçon de droit civil, France, éditions Montchrestien, tome quatrième, deuxième Edition, 1966, P 729.

[4] – Francis DELHAY, La Nature Juridique De L'indivision, édition Libraire Général de droit et de Jurisprudence 1968, P183.

أما لدى الفقه الاسلامي اعتبر الأجزاء المشتركة في الشيوع في المباني بمثابة شركة بين الشركاء، ووضع قاعدة عامة أجمع الفقه على تطبيقها مفادها منع طلب قسمة إذا كان في ذلك إضرار للشركاء، ومما لا شك فيه أن الأجزاء المملوكة على الشيوع في المباني لا يمكن قسمتها بسبب الغرض الذي اعدت من أجله وطلب قسمتها سيضر بالمبنى والشركاء ويستحيل استغلاله، فكان من الأولى منع قسمته لتمكين الشركاء المشتاعين من الانتفاع به[1].

ويرى جانب من الفقه أن حق الشركاء في الشيوع الإجباري يشبه حق الارتفاق لاتحادهما في الهدف العملي وهو تيسر الانتفاع بالعقارات التي يملكها كل من الشركاء ملكية مفرزة، ويضيف هذا الجانب من الفقه إلى أنه يجوز للشركاء المتقاسمين بدلا من قسمة حق المال الشائع أن يضعوه في نصيب احدهم مع تقرير حق الارتفاق عليه لفائدة الأجزاء التي اختص بها الباقون[2].

إلا أن هذه النظرية كانت محل انتقاد من الفقه المصري والفرنسي على حد سواء، لأن اتحاد حق الشريك في المال المشاع وحق الارتفاق في الهدف العملي لا يعني اتحادهما في النتائج القانونية، فلكل منهما آثاره القانونية، فحق الشريك لا يسقط مهما طالت مدته لأنه شيوع دائم إجباري تابع للجزء الخاص به على خلاف حق الارتفاق الذي يسقط بمرور الزمن[3]، وحكم الارتفاق لا ينطبق على حق الشريك في الشيوع الإجباري، فإذا كان الموضع الذي عين من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق أو يمنع من إحداث

---

[1] – علي الخفيف، المرجع السابق، ص 55.

[2] – نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 231.

[3] المادة 879 ق.م.ج :" ينتهي حق الارتفاق بعدم استعماله لمدة عشر سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم استعماله لمدة ثلاث وثلاثين سنة، إذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة مال موروث تابع لعائلته، وكما يسقط حق الارتفاق بالتقادم، فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن عدل من الكيفية التي يستعمل فيها.

وإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوع، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقين."

تحسينات بالعقار المرتفق به جاز للمالك العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار، وهذا الحكم لا ينطبق في الشيوع الإجباري فلا يجوز نقل أو فصل حق الشريك في الشيوع الاجباري لأنه تابع للجزء المفرز[1]، وللشريك في الشيوع الإجباري أن يدفع اعتداء الغير على العقار أو المال الشائع، اما صاحب حق الارتفاق فلا صفة له في دفع تعدي الغير ما دام هذ التعدي لا يمس حقه في الارتفاق[2].

ومن القيود التي تمنع الشركاء في المال المشاع من طلب القسمة النهائية أن يكون المال المشاع من أراضي العرش، هذه الأراضي التي توالت عليها العروش والقبائل والتي يرجع أصلها للعهد العثماني، فكانت تمنح لرؤساء القبائل ليتولوا الزراعة عليها وحرثها، وانتقلت هذه الملكية من السلف إلى الخلف، على أن يدفع مستغل الأرض غرامة[3]، وهذه الأراضي لاتزال موجودة إلى يومنا هذا خاصة في ولايات الشرق الجزائري، وهذه الأراضي لم تؤمم مثل الأراضي المملوكة ملكية خاصة، ولكن المشرع الجزائري عاملها معاملة خاصة[4]، وجاء في قانون التوجيه العقاري 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 في مادته 85 على أن أراضي العرش يستفيد منها الشاغلون الأصليون لها، وصدر بهذا الصدد المنشور الوزاري رقم 508 بتاريخ 1992/11/02 يبين كيفية توزيع أراضي العرش واشترط المنشور أن يكون المستفيد جزائريا، ويثبت استغلاله للأرض، كما اشترط المنشور أن يكون المستفيد مقيما بالبلدية التي يقع بها العقار، هذا واعتبرت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1994/12/07 بأن أراضي العرش هي ملك للأفراد العرش كلهم.

---

[1] – عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 255.

[2] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص 232.

[3] – أحمد بن أحمد بونبات، نظام التحفيظ العقاري في المغرب تونس والجزائر، المطبعة والوراقة الوطنية للنشر مراكش، الطبعة الثالثة لسنة 2009، ص 160.

[4] – خوادجية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون عقاري، جامعة الاخوة منتوري، لسنة 2008، ص 44.

وذهب جانب من الفقه بأنه إذا كان المشرع قد اعتبر أراضي العرش من أملاك الدولة فإنه قد عامل مستغلين هذه الأراضي على أنهم ملاك، من حيث المساحة الممنوحة، وعدم إجباره للانضمام إلى تعاونية وفي حالة عدم الاستغلال تأمم الدولة الأرض، فالمستغل مالك لحق الانتفاع والدولة مالكة للرقبة، وعلى هذا الأساس لا يحق للشركاء في الشيوع إلا أن ينتفعوا مهايأة بأراضي العرش التي تعود لأجدادهم ولا يمكنهم قسمتها نهائيا وتحويلها لملكية خاصة، كما هو الأمر بالنسبة للشيوع العادي[1].

نخلص في هذا الفرع إلى أن المشرع الجزائري شأنه شان جل التشريعات العربية رسم قيود غائية لا يجوز لأحد الشركاء بمقتضاها طلب قسمة المال المشاع، بسبب الغرض الذي أعد من أجله، إما لأنه شيوع إجباري أصلي كون المحل فيه مال مخصص للاستخدام أو الاستفادة الجماعية لا يجوز طلب قسمتها، أو شيوعا إجباريا تبعيا محله مال مملوك على الشيوع مخصص لخدمة أموال يملكها الشركاء مليكة مفرزة، ولا يجوز التصرف في الحق الشائع أو قسمته بمعزل عن الجزء المفرز.

كما أنه وبالرغم من اتحاد كل من حق الشريك في الشيوع الإجباري وحق الارتفاق في الهدف العملي إلا أنهما يختلفان من حيث النتائج القانونية، ولذلك يستبعد جانب كبير من الفقه تطبيق نظرية حق الارتفاق على حق الشريك في الشيوع الإجباري.

[1] – بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الديوان الوطني للأشغال التربوية للطبع، طبعة 2001، ص74.

الفرع الثاني: القيود الإجرائية لطلب إجراء قسمة المال المشاع.

للقسمة النهائية للمال المشاع قيود أخرى ضابطة رسمها المشرع على الشركاء في المال المشاع مراعاتها، ولا تجوز القسمة بغير هذه القيود وتخص هذه القيود العقار، هذا الأخير الذي يعتبر محل اهتمام الشركاء المشتاعين نظرا للقيمة المادية والمعنوية التي يحتلها، ويصعب في الكثير من الحالات استغلاله بين الشركاء كل حسب حصته نظرا لطبيعة الشيوع ونصيب كل من الشركاء الملاك على الشيوع، والصورة الشائعة في هذا النوع من الشيوع العقارات التي يرثها الشركاء مشاعة بينهم ويرغب كل منهم بتخصيص جزء خاص به، لذلك ضبط المشرع هاته القسمة بضوابط لا بد من مراعاتها وقواعد إجرائية يجب المرور عليها وتختلف هذه الضوابط بحسب طبيعة المال المشاع محل القسمة، ففي العقارات التي يرغب أحد الشركاء في بيع حصته المفرزة او البناء عليها لا تتم القسمة إلا بواسطة رخصة التجزئة

Le Permis de Lotir ، وتكون قسمة العقارات المبنية المملوكة على الشيوع بواسطة بشهادة التقسيم Le certificat de morcellement، ويجب في قسمة العقارات الفلاحية المملوكة على الشيوع وفي الأراضي الفلاحية يجب المحافظة على الطابع الفلاحي للأرض واستصدار رخصة تقسيم الأراضي الفلاحية[1].

[1] – سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة للنشر، طبعة 2004، ص 187.

أولا: رخصة تجزئة الأراضي المملوكة على الشيوع من أجل البناء

التجزئة هي تقسيم للملكية العقارية إلى عدة قطع لأشخاص يرغبون في إقامة بنايات سكنية وتهدف هذه العملية إلى توفير السكن الحضري الفردي المنسجم مع النسيج العمراني، وتتم هذه العملية بواسطة رخصة التجزئة[1]، هذه الأخيرة تطرق إليها القانون 90-29 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم في المادة 57 بنصها:" تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لاثنين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها.

تحضر رخصة التجزئة وتسلم في الأشكال وبالشروط والآجال التي يحددها التنظيم."

وعرفتها المادة 8/2 من القانون 15/08 المؤرخ في 2008/07/20 المحدد لقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها بنصها: "التجزئة: **القسمة** من أجل البيع أو الإيجار أو تقسيم ملكية عقارية إلى قطعتين أو عدة قطع مخصصة للبناء من أجل استعمال مطابق لأحكام مخطط التعمير."

وحددت المادة 07 من المرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 28 ماي 1991 المحدد لإجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير و المصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، بنصها:" في إطار المادتين 57 و58 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 والمذكور أعلاه، تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها، إذا كانت قطعة أو عدة قطع أرضية ناتجة عن هذا التقسيم من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية."

[1] – بوحديش عادل، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، سنة 2006، ص 9.

من خلال هذه النصوص يتضح أن رخصة التجزئة وثيقة إدارية تصدر بشكل قرار فردي، مرتبطة بملكية عقار الهدف من خلالها تقسيم ملكية عقارية أو عدة ملكيات إلى اثنين أو عدة قطع من أجل بنايات سكنية بغض النظر عن موقعها[1].

واشترط القانون أن يتقدم طالب التجزئة بطلب موقع من المالك، على أن يرفق الطلب بوثائق تثبت مليكة الرض[2]، تصاميم الموقع، التصاميم الترشيدية، حدود القطعة ، منحنيات والسطع مع مواصفات التقنية، تحديد القطع المبرمجة مع شبكة الطرق، وقنوات التموين بالمياه الصالحة، وصرف المياه وشبكة توزيع الكهرباء والانارة، موقع البنايات المبرمجة[3].

---

[1] – إقلولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري، دار هومة للنشر طبعة 2014، ص 157.

[2] – المرسوم 176/91 السالف الذكر نص المادة 08 التي تممت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09–307 المؤرخ في 22/سبتمبر 2009 بنصها::" ينبغي أن يتقدم صاحب الملكية أو موكله بطلب رخصة التجزئة والتوقيع عليه.

ويجب ان يدعم المعني طلبه بما يلي:

– إما بنسخة من عقد الملكية،

– أو بتوكيل طبقا لأحكام الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمذكور أعلاه.

يمكن صاحب التجزئة أن يوضح أن إنجاز أشغال النفع سوف يتم وفقا لتكتلات مختلفة للبنايات.

وفي هذه الحالة، يلتزم بأن يقدم بالنسبة لكل تكتل للبنايات، الوثائق المكتوبة والبيانات المتعلقة به ."

[3] – المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 09:"يرفق طلب رخصة التجزئة بملف يشمل الوثائق التالية:

1– تصميم الموقع يعد من 1/2000 أو 1/5000 يشتمل على الوجهة والهياكل القاعدية للخدمة مع بيان طبيعتها وتسميتها وكذا نقاط الاستدلال التي تمكن من تحديد قطعة الأرض.

2– التصاميم الترشيدية المعدة على سلن 1/200 أو 1/500 تشتمل على البيانات التالية:

– حدود القطعة الأرضية ومساحتها .

– منحنيات المستوى وسطح التسوية، مع مواصفاتها التقنية الرئيسية ونقاط وصل شبكة الطرق المختلفة.

– تحديد القطع الأرضية المبرمجة، مع رسم شبكة الطرق، وقنوات التموين بالمياه الصالحة للشرب، والحريق وصرف المياه القذرة، وكذا شبكات توزيع الغاز والكهرباء، والهاتف والانارة العمومية.

– تحديد مساحات توقف السيارات والمساحات الحرة ومساحات الخدمات الخاصة،

ويتم إرسال الطلب إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي في خمس نسخ بعد التأكد من جميع الوثائق الضرورية لقبول الطلب[1].

هذا ويرى جانب من الفقه بوجود تعارض بين المادة 10 و16 من المرسوم 176/91 والزامية إضافة الوالي والوزير إلى المادة 10[2]، على أساس أن المشرع في نص المادة 10 خول اختصاص إرسال

- موقع البنايات المبرمجة وطبيعتها وشكلها العمراني بما في ذلك البنايات الخاصة بالتجهيزات الجماعية.

3- مذكرة توضع التدابير المتعلقة بما يلي:

- طرق المعالجة المخصصة لتنقية المياه المرسبة الصناعية من جميع المواد السائلة أو الصلبة او الغازية، المضرة بالصحة العمومية والزراعة والمحيط.
- طرق المعالجة المخصصة لتصفية الدخان وانتشار الغازات من جميع المواد المضرة بالصحة العمومية.
- تحديد مستوى الضجيج وانبعاث الطفيليات الكهرومغناطيسية، بالنسبة للأراضي المجزئة للاستعمال الصناعي.

4- مذكرة تشمل على البيانات التالية:

- قائمة القطع الأرضية المجزئة، ومساحة كل قطعة منها،
- نوع مختلف أشكال الأرض مع توضيح عدد المساكن ومناصب العمل والعدد الاجمالي للسكان المقيمين،
- الاحتياجات في مجال الماء والغاز والكهرباء والنقل، وكيفيات تلبيتها،
- دراسة مدى التأثير على المحيط عند الاقتضاء،

5- برنامج الأشغال الذي يوضح المواصفات التقنية، للمشاريع والشبكات والتهيئة المقرر انجازها، وشروط تنفيذها مع تقدير تكاليفها وتوضيح مراحل الانجاز وآجال ذلك، عند الاقتضاء،

6- دفتر الشروط يعد حسب النموذج الذي يقرره الوزير المكلف بالتعمير، يحدد الالتزامات والاتفاقات الوظيفية وذات المنفعة العامة المفروضة على الأراضي المجزئة وكذا الشروط التي تنجز بموجبها البناءات،

ويحدد دفتر الشروط زيادة على ذلك تنظيم الملكيات والمغارس والمساحات الخضراء والأسيجة."

[1] - المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 10 :" يرسل طلب رخصة التجزئة والوثائق المرفقة به في جميع الحالات في خمس (5) نسخ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي بعد التحقيق في الوثائق الضرورية التي ينبغي أن تكون مطابقة لتشكيل الملف على النحو المنصوص عليه،

يوضح نوع الوثائق المقدمة بطريقة مفصلة على الوصل."

[2] - إقلولي أولد رابح صافية، المرجع السابق، ص 165.

الملف إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي، وجعل في المادة 16[1] صلاحية تسليم رخصة التجزئة من اختصاص الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير، غير أننا لا نوافقه الرأي لأن هناك اختلاف بين تسلم طلب التجزئة بعد توجيه الطلب لرئيس المجلس الشعبي البلدي وفقا لمضمون المادة 10، وتسليم رخصة التجزئة في الحالة التي يكون فيها تسليم رخصة التجزئة من اختصاص الوالي أو الوزير وفقا للمادة 16.

وبعد تقديم طلب رخصة التجزئة يتم التحقيق فيه ودراسة مدى مطابقة مشروع التجزئة لتوجهات مخطط شغل الأراضي أو لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير أو القواعد العامة للتهيئة والتعمير[2].

كما يدرس الطلب من ناحية آثار تجزئة الأرض من حيث الملائمة وطابع الأماكن المجاورة وحماية الانعكاسات في مجال المرور والمنفعة العامة[3]، ويرسل الملف إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على

---

[1] – المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 16 ف1: " عندما يكون تسليم رخصة التجزئة من اختصاص الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير فإن تحضير الطلب يتم حسب نفس الأشكال الواردة في المادة 14 أعلاه."

[2] – غواس حسينة، الآليات القانونية لتسيير العمران، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع الادارة العامة القانون وتسيير الاقليم، جامعة منتوري قسنطينة، لسنة 2012، ص 100.

[3] – المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 11:"يتناول تحضير الطلب مدى مطابقة مشروع الأراضي المجزئة لتوجهات مخطط شغل الأراضي، أو في حالة انعدام ذلك، لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير و/أو التعليمات التي تحددها القواعد العامة للتهيئة والتعمير على النحو الذي يحدده التنظيم الجاري به العمل.
ويتناول تحضير الطلب كذلك الانعكاسات التي يمكن أن تنجر على إنجاز الأرض المجزئة فيما يخص النظافة والملائمة الصحية وطابع الأماكن المجاورة أو مصالحها، وحماية الانعكاسات في ميدان حركة المرور والتجهيزات العمومية ومصالح المنفعة العامة والمالية للبلدية."

مستوى الولاية، في أجل ثمانية أيام من تاريخ إيداع الملف، هذا في الحالة التي يكون فيها إصدار رخصة التجزئة من اختصاص رئيس المجلس الشعبي بصفته ممثلا للبلدية[1].

أما إذا كان تسليم رخصة التجزئة من رئيس المجلس الشعبي بصفته ممثلا للدولة، يرسل ملف الطلب إلى مصلحة التهيئة والتعمير على مستوى الولاية في أربع نسخ، لإبداء رأيه في أجل ثمانية أيام من تاريخ إيداع الملف، ويرصد لها أجل شهرين لإعادة ثلاث نسخ مرفقة برايها حول الطلب[2].

وقبل البث والرد على طلب التجزئة يجب استشارة الشخصيات العمومية والمصالح المعنية، على ان تبدي هذه المصالح رأيها خلال شهر من تاريخ تسليمها الطلب، ويعتبر ردها موافقة إذا انقضى أجل شهر ولم تبدي رأيها[3].

---

[1] – المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 14:"عندما يكون إصدار رخصة التجزئة من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا للبلدية، فإنه يرسل نسخة من ملف الطلب إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية في أجل الأيام الثمانية(8) الموالية لتاريخ ايداع هذا الملف.
تكلف في هذه الحالة، المصلحة المختصة بالتعمير بالبلدية، بتحضير الملف."

[2] – المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 15:" عندما يكون إصدار رخصة التجزئة من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يتصرف باعتباره ممثلا للدولة، فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي يرسل ملف الطلب في أربع نسخ(4) إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية لإبداء رأي بالموافقة، وذلك في أجل 8 أيام الموالية لتاريخ إيداع الملف.
يجب أن يتبع الملف المرسل في اجل شهر واحد ابتداء من تاريخ ايداعه، برأي رئيس المجلس الشعبي البلدي حول الانعكاسات التي يمكن أن تنجر عن إنجاز الأراضي المجزأة وذلك طبقا للأحكام الواردة في المادة 11أعلاه.
تتولى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية، في هذه الحالة تحضير الملف، ويرصد لها أجل مدته شهران اثنان لإعادة ثلاث (3) نسخ من الملف مرفقة برأيها وذلك ابتداء من تاريخ استلام الملف."

[3] – المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 12:"تجمع المصلحة المختصة المكلفة بتحضير طلب رخصة التجزئة الآراء والاتفاقات طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.
إن الشخصيات العمومية والمصالح التي تتم استشارتها ولم تصدر ردا في أجل شهر واحد ابتداء من يوم استلام طلب ابداء الرأي تعد كأنها أصدرت رأيا بالموافقة.

بعد التحقيق في طلب تجزئة الأرض واستشارة المصالح المختصة يصدر رئيس المجلس الشعبي البلدي مقررا المتضمن رخصة التجزئة في غضون ثلاثة أشهر بصفته ممثلا للبلدية وفي غضون أربعة أشهر في الحالات الأخرى[1].

ويحدد قرار التجزئة التوجيهات التي على طالب التجزئة أن يتكفل بها ويضبط إجراءات وارتفاقات المصلحة العامة كما يحدد في القرار آجال إنجاز أشغال التجزئة[2]، ويبلغ القرار إلى صاحب الطلب ومصالح الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية وتوضع تحت تصرف الجمهور بمقر المجلس الشعبي البلدي قرار التجزئة وتحفظ نسخة بأرشيف الولاية ونسخة بالسلطة التي سلمت رخصة التجزئة[3].

ينبغي على الشخصيات العمومية والمصالح التي تتم استشارتها أت تعيد في جميع الحالات، الملف المرفق بطلب ابداء الرأي في الآجال نفسها.

يمكن المصلحة المكلفة بتحضير الملف أن تقترح على السلطة المختصة، قصد تسليم رخصة التجزئة، الأمر بإجراء تحقيق عمومي، ويتم التحقيق العمومي حسب نفس الأشكال المنصوص عليها بالنسبة للتحقيق في المنفعة العمومية وذلك في إطار التشريع الجاري العمل به."

[1]- المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 17:"يبلغ المقرر المتضمن رخصة التجزئة إلى صاحب الطلب في غضون الأشهر الثلاثة(3) الموالية لتاريخ ايداع الطلب وذلك عندما يكون تسليم رخصة التجزئة من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا للبلدية، وفي غضون أربعة أشهر في جميع الحالات الأخرى.

عندما يكون ملف الطلب موضوع استكمال بالوثائق أو المعلومات التي ينبغي على صاحب الطلب أن يقدمها، او عندما يكون الملف محل أمر بإجراء تحقيق عمومي، يتوقف الأجل المحدد أعلاه، ويسري مفعوله ابتداء من تاريخ استلام هذه الوثائق أو تلك المعلومات، أو بعد إجراء التحقيق العمومي."

[2] – أومحمد حياة، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائري على ضوء قانون 04/11، جامعة مولود معمري تيزي وزو، لسنة 2015، ص105.

[3] – المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 23 المعدلة بموجب المرسوم التنفيذي 307/09 المؤرخ في 22 سبتمبر 2009:" تسلم رخصة التجزئة حسب الحالة، في شكل قرار من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي أو من الوزير المكلف بالتعمير.

وينشر قرار المتضمن رخصة التجزئة بمكتب الحفظ العقاري خلال شهر من تاريخ الإعلان عنه على نفقة طلب التجزئة، إذ يجب شهر كل ما يتعلق بالعقارات بالمحافظة العقارية، ويترتب على رخصة التجزئة أثر يتمثل في إنهاء الوحدة العقارية الأصلية وإنشاء وحدات عقارية جديدة.

ولا يجوز للشركاء في الشيوع بعد استصدار رخصة التجزئة بيع أو ايجار القطع الأرضية المتضمنة في التجزئة إلا بعد تسليم السلطة التي منحت رخصة التجزئة شهادة تصريح بتنفيذ الأشغال والتعليمات المفروضة في القرار المتضمن رخصة التجزئة وفقا للمادة 25 من نفس المرسوم[1]، وتسليم هذه الشهادة لا يعفي المستفيد من رخصة التجزئة من مسؤوليته إزاء المستفيدين من القطع الأرضية خاصة فيما يتعلق

يحدد القرار المتضمن تسليم رخصة التجزئة الأحكام التي يتكفل بها صاحب الطلب ويبين الاجراءات والارتفاقات ذات المنفعة العامة التي تطبق على التجزئة، وكذا آجال إنجاز أشغال التهيئة المقررة.

يرسل القرار ونسخة من الملف على التوالي إلى صاحب التجزئة وإلى مصالح الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية.

توضع نسخة ثالثة من الملف، تحت تصرف الجمهور بمقر المجلس الشعبي البلدي لموقع وجود قطعة الرض.

تحفظ نسخة رابعة من الملف بأرشيف الولاية.

تحتفظ نسخة خامسة لدى السلطة المختصة التي سلمت رخصة التجزئة.

تشهر السلطة التي وافقت على التجزئة القرار المتضمن رخصة التجزئة بمكتب الحفظ العقاري على نفقة صاحب الطلب خلال الشهر الذي يلي ابلاغه وذلك طبقا للتشريع المعمول به والمتعلق بالشهر العقاري."

[1] – المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 25:" إن بيع قطعة أرض موجودة ضمن الأراضي المجزئة أو كراؤها مرهونان بتسليم السلطة التي منحت رخصة التجزئة، شهادة تبين مدى تنفيذ الأشغال والتوجيهات التي يقضي بها القرار المتضمن رخصة التجزئة.

كما يحدد هذا الإجراء بالنسبة لبيع أو كرائ القطع الأرضية التي تشتمل على مباني موجودة في الأرض المجزأة المراد إحداثها.

يتضمن عقد البيع أو الكراء مراجع هذه الشهادة.

إن تسليم الشهادة المذكورة أعلاه لا يعفي المستفيد من رخصة التجزئة، من مسؤوليته إزاء المستفيدين من القطع الأرضية، لاسيما فيما يتعلق بالتنفيذ الأمثل للأشغال."

بتنفيذ الأشغال، فالشركاء الذين طلبوا رخصة التجزئة مسؤولين إزاء المستفيدين من القطع الأرضية سواء كانوا شركاء في الشيوع أو متصرف لهم في الوحدات العقارية[1].

ويجوز للشركاء في المال المشاع عند الانتهاء من تجزئة القطعة الأرضية وإتمام الأشغال طلب شهادة تثبت مطابقة الشغال وانتهائها، غير أن طلب هذه الشهادة جوازي، فلا يحبر المستفيدين من طلب التجزئة على طلب هذه الشهادة[2].

وبعد الانتهاء من الشغال على المستفيد من رخصة التجزئة التقدم بطلب شهادة النفع والتهيئة مرفقا بوثائق تتمثل في تصميم للموقع التي توضح الهياكل القاعدية للخدمة ونقاط الاستدلال لتحديد القطعة، ونسخة من قرار التجزئة، وتصاميم الجرد للأشغال المنجزة كما هي والتعديلات أن وجدت[3]، ويرسل

---

[1] – إقلولي أولد رابح صافية، المرجع السابق، ص 171.

[2] – المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 23 مكرر المضافة بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي 09–307:" يمكن للمستفيد من رخصة التجزئة، عند إتمام أشغال النفع والتهيئة التي على نفقته، ان يطلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي لموقع وجود التجزئة، تسليمه شهادة تثبت مطابقة هذه الأشغال وإتمامها".

[3] – المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 23 مكرر 1المضافة بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي 09–307:" يرفق طلب شهادة النفع والتهيئة بملف يحتوي على الوثائق الآتية:

– تصميم للموقع يعد على سلم 1/2000 أو 1/5000 ويشمل الوجهة، والهياكل القاعدية للخدمة مع بيان طبيعتها وتسميتها وكذا نقاط الاستدلال التي تمكن من تحديد قطعة الأرض.

– نسخة طبق الأصل مصادق عليها للقرار المتضمن رخصة التجزئة،

– تصاميم الجرد تعد على سلم 1/200 أو 1/500 للأشغال كما هي منجزة مع إظهار، إذا اقتضى الأمر التعديلات التي أجريت بالنظر إلى التصاميم المصادق عليها."

الطلب مرفقا بالوثائق إلى الرئيس المجلس الشعبي البلدي في خمس نسخ ليبث في الطلب خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع الطلب[1].

و يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي رفض منح رخصة التجزئة إذا كانت الأرض المجزئة غير موافقة لتوجهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير أو التوجهات التي تضبطها القواعد العامة للتهيئة والتعمير وفقا للتنظيم[2].

كما أن القواعد المتعلقة بالتعمير والشهادات تعد من النظام العام كونها تهدف لتنظيم المخطط العمراني وتدابير الصيانة المفضية لاحترام القواعد الأمنية، وهذا ما أكدته محكمة باتنة في حكم لها برفضها لطلب قسمة المال المشاع وفرز حصص الشركاء لعدم التأسيس، مؤكدة أنه من المقرر قانونا احترام القواعد المتعلقة بتجزئة الأراضي لقبول دعوى القسمة[3].

تجدر الاشارة إلى أنه تعد من قبيل أعمال الإدارة غير المعتادة عمليات البناء التي يقوم بها أحد الشركاء في المال المشاع قبل القسمة، وهذا التصرف يقتضي موافقة أصحاب ثلاث أرباع الأرض

---

[1] – المرسوم 176/91 السالف الذكر المادة 23 مكرر2 المضافة بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي 09-307:" ترسل في جميع الحالات خمس(5) نسخ لطلب شهادة النفع والتهيئة والتعمير والوثائق المرفقة به إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي لموقع وجود قطعة الأرض.

يكون الوصل الذي يسلمه رئيس المجلس الشعبي البلدي شاهد على تاريخ إيداع الطلب، وهذا بعد التحقق من الوثائق اللازمة التي يجب أن تكون مطابقة لتكوين الملف كما هو منصوص عليها.

تسجل بشكل مفصل على الوصل، طبيعة الوثائق المودعة".

[2] – إقلولي أولد رابح صافية، المرجع السابق، ص 172.

[3] – يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 115.

الشائعة[1]، فالمشرع الجزائري أجاز للشريك الذي يريد البناء أن يحصل على موافقة النصاب والمتمثل في موافقة أصحاب ثلاثة أرباع المال[2].

ثانيا: شهادة تقسيم العقارات المبنية المملوكة على الشيوع

لحماية النسيج العمراني والحفاظ على الطابع العمراني للبنايات ولتجنب شتى أنواع التجاوزات والاختلالات التي قد تكتنف البناء العمراني، قيد المشرع الجزائري الشركاء في المال المشاع في العقارات المبنية بضرورة استخراج شهادة إدارية تسمى بشهادة التقسيم **Le certificat de morcellement**.

عرف المشرع الجزائري شهادة التقسيم في المادة 26 من المرسوم 91-176 على أنها الوثيقة التي تبين إمكانية تقسيم ملكية أرضية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام[3]، وتسلم من طرف الهيئة الإدارية المختصة، وذلك بإيداع طلب يتقدم به الشركاء في المال المشاع أو وكيلهم الذي يوكل لتقديم الطلب الذي يجب ان يكون موقعا من طالب الشهادة[4]، ويرفق الطلب بالوثائق اللازمة من سندات الملكية والتوكيل إن

---

[1] – حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للنشر طبعة 2010، ص 381.

[2] – ق.م.ج المادة 717 ف1:" للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقررو في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلأى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلأى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان."

[3] – المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28ماي1991 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، نص المادة 26" تعتبر شهادة التقسيم وثيقة تبين شروط إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام."

[4] – المرسوم التنفيذي رقم 176/91 السالف الذكر، المادة27:" ينبغي ان يتقدم المالك أو موكله بطلب شهادة التقسم والتوقيع عليه، ويجب على المعني أن يدعم طلبه بما يلي:

إما بنسخة من عقد الملكية،

وجد كما يرفق بتصميم للموقع يشمل الواجهة وشبكات الخدمة ونقاط الاستدلال ، والتصاميم الترشيدية التي تبين حدود الرض ومساحتها والموقع واقتراح التقسيم[1].

يودع الملف لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي في خمس نسخ[2]، ليرسل الطلب بدوره إلى الهيئات المكلفة بالتحقيق في الطلب، وبما أن طلب شهادة التقسيم وتسليمه يتم وفقا للأشكال المنصوص عليها في رخصة التجزئة[3]، فيتم إصدار شهادة التقسيم من اختصاص رئيس المجلس الشعبي باعتباره ممثل للبلدية في حالة وجود مخطط شغل الأراضي، ويكون من اختصاصه باعتباره ممثلا للدولة في حالة عدم وجود مخطط شغل الأراضي.

–أو بتوكيل طبقا لأحكام الأمر 75/–58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، والمذكور أعلاه."

[1] – المرسوم التنفيذي رقم 176/91 السالف الذكر، المادة28:"يفق طلب شهادة التقسيم بملف يشتمل على الوثائق التالية:

1– تصميم للموقع يعد على سلم 1/2000 أو 1/5000 يشتمل على الوجهة، وشبكات الخدمة مع بيان تسميتها ونقاط الاستدلال التي تمكن من تحديد قطعة الأرض.

2– التصاميم الترشيدية المعدة على سلم 1/200 أو 1/500 تشتمل على البيانات التالية:

– حدود القطعة الأرضية ومساحتها،

– مخطط كتلة البناءات الموجودة على المساحة الأرضية والمساحة الإجمالية للأرضية والمساحة المبنية من الأرض.

– بيان شبكات قابلية الاستغلال التي تخدم القطعة الأرضية والمواصفات التقنية الرئيسية لذلك.

– اقتراح تقسيم المساحة الأرضية

– تخصيص القطعة الأرضية المقررة في إطار اقتراح التقسيم".

[2] – المرسوم التنفيذي رقم 176/91 السالف الذكر، المادة29:"يرسل طلب شهادة التقسيم والوثائق المرفقة به في خمس(5) نسخ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي لمحل وجود قطعة الأرض يسجل تاريخ إيداع الطلب بوصل يسلمه رئيس المجلس الشعبي البلدي بعد التحقيق في الوثائق الضرورية التي ينبغي أن تكون مطابقة لتشكيل الملف على النحو المنصوص عليه، ويوضح نوع الوثائق المقدمة بطريقة مفصلة على الوصل."

[3] – المرسوم التنفيذي رقم 176/91 السالف الذكر، المادة30:" يحضر طلب شهادة التقسيم وتسلم بنفس الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم بخصوص رخصة التجزئة".

وعلى الهيئة المكلفة أن تبلغ شهادة التقسيم خلال الشهرين المواليين لتاريخ إيداع الطلب[1]، وحدد المشرع الجزائري مدة سنة واحدة لصلاحية شهادة التقسيم يبدأ سريانها من تاريخ تبليغها[2].

شهادة التقسيم من الوثائق الضرورية التي يجب على الشركاء في المال المشاع استخراجها لأنها تراعي الطابع العمراني وتضبط منظر البنايات وتحد من التجاوزات في المجال العمراني و التي من شانها أن تهدد سلامة الشركاء في المال المشاع إذا تمت قسمة البناية أو الغير، ولهذا أوجد المشرع الجزائري قسمة التصفية كحل بديل والذي نرجحه في الحالة التي يستحيل فيها قسمة المال المشاع أو من شأنها إنقاص من قيمة المال، وبما ان القواعد المتعلقة باستخراج الرخص والحصول على الشهادات من النظام العام فلا تصح القسمة بخلافها، ولا يستجاب لطلب إنهاء حالة الشيوع إذا لم يستوفي الشريك او الشركاء شهادة القسمة، وهذا ما أقرته محكمة باتنة في أحد أحكامها ورفضت دعوى الشركاء في المال المشاع لعدم استفاء شهادة التقسيم[3]، وذلك وفقا لأحكام المادة 59 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير في قسمة العقارات المبنية[4].

---

[1] – المرسوم التنفيذي رقم 176/91 السالف الذكر، المادة31:" تبلغ شهادة التقسيم خلال الشهرين المواليين لتاريخ إيداع الطلب".

[2] – المرسوم التنفيذي رقم 176/91 السالف الذكر، المادة32:"تحد صلاحية شهادة التقسيم بسنة واحدة ابداء من تاريخ تبليغها".

[3] – يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 116.

[4] – القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01، المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم نص المادة 59:" تسلم لمالك عقار مبني وبطلب منه، شهادة تقسيم عندما يزمع تقسيمه إلى قسمين أو عدة أقسام.

لا تصلح هذه الشهادة شهادة للتعمير.

تحضر شهادة التقسيم وتسلم، في الأشكال وبالشروط والآجال التي يحددها التنظيم."

ثالثا: رخصة تقسيم الراضي الفلاحية المملوكة على الشيوع

قيد المشرع الجزائري الشركاء في الشيوع في قسمة العقارات المملوكة على الشيوع ذات الطابع الفلاحي بإجراء جوهري في القسمة، فإضافة لاشتراطه المحافظة على الطابع الفلاحي[1]، ألزم الشركاء بضرورة الحصول على رخصة تقسيم الأرض الفلاحية Autorisation de Morcellement والتي أخضعها المشرع الجزائري إلى قاعدة احترام المساحة المرجعية، والتي جاء بها المرسوم التنفيذي 490/97 المؤرخ في 20 ديسمبر 1997 والمحدد لشروط تجزئة الراضي الفلاحية[2].

---

[1] – بوعافية رضا، أنظمة استغلال العقار الفلاحي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، فرع القانون العقاري، جامعة الحاج لخضر باتنة، لسنة 2009، ص 119.

[2] – المرسوم 490/97، السالف الذكر، المادة 3:" تعتبر كمساحات مرجعية للمستثمرة الفلاحية في مفهوم هذا المرسوم المساحات المبنية أدناه:

المناطق	نوع الأراضي	الصيغ	نظام المزروعات	المساحة المرجعية بالهكتار
أ		1	خضر	1.5
+	مسقية	2	خضر وزراعة الأشجار	4
الأراضي المسقية في		3	زراعة الأشجار	7
الأراضي الأخرى	غير مسقية	1	خضر /زراعات كبرى	8
		2	زراعات كبرى/ اعلاف	7
أ- ب – ج – د – م		3	زراعات صناعية /زراعات كبرى	10
		1	زراعات كبرى /أعلاف	20
ب	غير مسقية		بقول جافة	
		1	زراعات كبرى /أعلاف بور	18
ج	غير مسقية	2	بقول جافة / زراعات كبرى بور	
د	غير مسقية	1	زراعات كبرى / خضر	10

في العديد من الحلات يكون المال المشاع عبارة عن أرض فلاحية وغالبا ما يكون سبب الشيوع تركة خلفها المورث تشتمل على أرض فلاحية، والمشرع الجزائري شدد في الأراضي الفلاحية حفاظا على الأراضي الفلاحية في مقابل تزايد الطلب على الأراضي من قطاع التعمير، لذلك رسم المشرع حدود لتقسيم هذه القطع الأرضية، من خلال رخصة تقسيم الأراضي الفلاحية والتي لا تمنح للشركاء المتقاسمين إلا إذا روعيت المساحة المرجعية للمستثمرة الفلاحية القائمة عليها.

أخضع المشرع الجزائري قسمة الأراضي الفلاحية كسائر القسمات الواردة على العقار إلى مبدأ الرسمية في العقود، وضورة شهره بالمحافظة العقارية، إذ يقوم الموثق المكلف بتحرير عقد القسمة بإرسال طلب إلى المصالح الفلاحية بالولاية التي يوجد بإقليمها الأرض الفلاحية محل القسمة، ويتضمن الطلب حالة الطالب، وتحديد الشركاء في المال المشاع، وتحديد العقار محل القسمة بتحديد مساحته وموقعه وحدود القطعة الأرضية وتحديد عدد القطع المراد إنشائها من خلال القسمة، وطبيعة سند الملكية، وينوه الموثق سبب التقسيم في الطلب والذي يعتبر إنهاء لحالة الشيوع وفرز الحصص.

تقوم المصالح الفلاحية بالولاية بالتحقيق في الطلب مدى مطابقته للمادة 3 من المرسوم السالف الذكر ويراعى في ذلك المنطقة وإمكانية الري وطبيعة الزراعة الممارسة، بعد ذلك المر لا يخلو من أحد الاحتمالين:

و	مسقية	1	زراعات كبرى	3
		2	زراعات النخيل المكثفة	1
		3	زراعات النخيل / زراعات كبرى	3.5
م	غير مسقية	1	زراعات كبرى /أعلاف	10
		2	زراعات الأشجار غير المسقية	11

الاحتمال الأول: تتأكد المصالح الفلاحية من مطابقة طلب القسمة لأحكام النصوص القانونية وتوافق على الطلب، ويكون الرد في غضون أربعة أشهر من تاريخ إيداع الطلب ويفسر سكوت الإدارة بعد مضي هذه المدة قبولا ضمنيا ، فيقوم الموثق بتحرير عقد القسمة مشيرا في العقد إلى موافقة المصالح الفلاحية بالولاية الصريحة أو الضمنية.

الاحتمال الثاني: وهو رفض الادارة لطلب قسمة الرض الفلاحية والتي يكون في غالبية الحلات لعدم احترام المساحة المرجعية المحددة في المادة 3 من المرسوم السالف الذكر[1].

ويعتبر الموثق مسؤولا على تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بتقسيم الأراضي الفلاحية المملوكة على الشيوع، ويشاركه في هذه المسؤولية المحافظ العقاري الذي يشرف على إشهار عقود قسمة الأراضي الفلاحية[2].

---

[1] – سماعيل شامة، المرجع السابق، ص 191.

[2] – حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 148.

نخلص في هذا الفرع من الأطروحة أن المشرع الجزائري وإن قيد الشركاء في قسمة المال المشاع وفقا لإجراءات رخصة التجزئة من أجل البناء وتقسيم المباني العمراني و رخصة قسمة الأراضي الفلاحية، إلا أنه راعى المصلحة العامة وقواعد التعمير التهيئة والسلامة الأمنية في البنايات وكذا مخطط شغل الأراضي ورسم حدا أدنى للمساحة المرجعية في الأراضي الفلاحية للحفاظ على الطابع الفلاحي وتمكين الشركاء من استغلال العين الشائعة بينهم على أحسن وجه، ويجوز للإدارة المعنية رفض تقديم الشهادة أو الرخصة المطلوبة إذا لم يستوفى طالبها الشروط والاجراءات القانونية المتطلبة لتقديمها، وكل قرار للمصالح المعينة برفض أو قبول رخصة أو شهادة من الشهادات يعد قرار إداريا قابلا للطعن فيه أمام القضاء الإداري وفقا للإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

[1] – عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 1999 ، ص 22.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على قسمة المال المشاع

إن آثار قسمة المال المشاع هي الهدف الذي يصبوا إليه جميع الشركاء الرافضين البقاء في الشيوع، فهذا الأخير يخول الشركاء ممارسة سلطاتهم التي يخولها حق الملكية على المال، واحتدام الحقوق على نفس العين المملوكة هو طبيعة للمال المشاع وينجر عنه العديد من المشاكل، ما يجعلها حالة غير مرغوب فيها تدفع في الكثير من الأحيان الشركاء بطلب القسمة، وتعيين نصيب خاص بكل شريك سواء كان ذلك النصيب عينا أو نقدا، حسب طبيعة القسمة.

وأهم أثر يترتب على اقتسام المال المشاع هو الإفراز، هذا الأخير الذي يتحدد به نصيب كل شريك في المال المشاع، وتزول بمقتضاه حالة الشيوع المعقدة والغير مرغوب فيها[1]، ويستأثر كل شريك بجزء خاص به ويتملكه ملكية خاصة بعدما كان حقه معنويا في كل المال المشاع ممثل بسهم[2]، ويترتب أيضا على قسمة المال المشاع بين الشركاء حق الشركاء في الضمان فيما بينهم، فيحق لكل شريك متقاسم في الملكية الشائعة الضمان لما قد يعرض له من سائر الشركاء في حصته المفرزة ويحول دون استحقاقه للحصة المفرزة الخاصة به.

سنتطرق في هذا المبحث إلى الإفراز وما يصاحبه من أثر كاشف لقسمة المال المشاع، والضمان في القسمة النهائية للمال المشاع بين الشركاء المتقاسمين.

---

[1] – بعبع إلهام، حماية الملكية العقارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، سنة 2007، ص 84.

[2] – Frank Eliard Robert Brochard? Démemrement de propriété: usufruit et quasi–usufruit, edition ellipses 2008,Prag 144.

المطلب الأول: الإفراز كأثر لقسمة المال المشاع

الإفراز أثر من آثار قسمة المال المشاع به تتحول الحصص المجردة إلى أجزاء خاصة يستأثر بها كل شريك، ففي حالة الشيوع الشريك في مجموع المال المشاع يملك الشريك حصة وسهم جاري، وتزاحم الشركاء في حالة الشيوع لا يخول لهم حق الاستئثار بالمال المشاع نظرا لطبيعة الشيوع المعقدة، وبتمام القسمة تزول حالة الشيوع، وذلك بفرز أجزاء مادة يتملك كل شريك جزء خاص به حسب حصته في المال، فوظيفة القسمة هي تحويل الحصص الرمزية إلى أجزاء مادية مفرزة خاصة، وبفرز حصص الشركاء في المال المشاع ينتقل حق الشريك من مجموع المال المشاع بعد ما كان حقه سهم في الشيوع إلى جزء خاص به، فالقسمة كاشفة لحق الشريك في المال المشاع[1].

وتطرق المشرع الجزائري إلى الإفراز كأثر في قسمة المال المشاع في المادة 370 بنصها:" يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وإن لم يكم مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى"[2].

وفي التشريع المصري نص المشرع في القانون المدني في المادة 843 بنصها:" يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص" ، ويطابق هذا النص في التشريعات العربية المادة 797 من القانون المدني السوري[3] ونص المادة 747 من

---

[1] – حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 329.

[2] – ق.م.ج المادة 730.

[3] – ق.م.س.

القانون المدني الليبي، وفي التشريع العراقي تنص المادة 1075 من القانون المدني بنصها:" ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة، فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائما مالكا للحصة المفرزة التي آلت إليه، وأنه لم يملك قط شيئا من باقي الحصص[1]"، وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني تنص المادة 956 بنصها:" يعد كل متقاسم كانه مالك في الأصل للأشياء التي خرجت في نصيبه أو التي اشتراها بالمزاد عند بيع المال المشترك، وكأنه لم يكن مالكا لسائر الأشياء"[2].

ما يلاحظ في التشريع الجزائري الصياغة غير السليمة لنص المادة 730 من القانون المدني سيما في جزئها الثاني لأن نص المشرع بأنه "وإن لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص" يعطي انطباع وفكرة أنه حتى الشركاء الغير ظاهرين أثناء حالة الشيوع يصبحون مالكين للأجزاء المفرزة بعد القسمة كأثر كاشف للقسمة، غير أن المقصود في هذا الجزء من المادة أن الشريك المتقاسم بعد القسمة يتملك الجزء المفرز منذ بدأ حالة الشيوع، وأنه لم يكن مالكا لباقي الأجزاء الأخرى، فنية المشرع اتجهت إلى تقرير الأثر الرجعي للقسمة غير أن الصياغة لم تعطي المعنى المقصود، على خلاف المشرع المصري الذي كان أكثر دقة في صياغة المادة القانونية.

---

1 – ق.م.ع

2 – ق.م.ع.ل.

الفرع الأول: تكييف الإفراز في قسمة المال المشاع

ثار جدل فقهي كبير حول ما إذا كان لإفراز حصص الشركاء في المال الشماع أُثر ناقل أو كاشف للحق في المال، فالرأي الأول يقول بأن الشريك إنما انتقل حقه إلى جزء معين من المال محل القسمة بعدما كان شائعا في كل المال المشاع، ورأي آخر يقول أنما حق الشريك كان مقرر قبل القسمة وإفراز المال كشف حقه ماديا بعدما كان سهم مجرد في الملكية الشائعة، ورأي آخر يرى أن للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل،

ورأي يقول بمبدأ الأثر الكاشف والرجعي لإفراز المال.

أولا: الأثل الناقل لقسمة المال المشاع

هذه النظرية حول أثر قسمة المال المشاع كانت موجودة منذ القديم فالرومان كانوا ينظرون إلى القسمة باعتبارها ناقلة للملكية، وربطوا تطبيقهم لهذا الأثر بطبيعة حق الشريك في الشيوع، والسائد في فكرهم أن الشريك قبل القسمة كان يملك سهم في كل ذرة من المال المشاع، وتمام القسمة إنما ينقل حق الشريك من مجموع المال المشاع إلى جزء محدد بالذات مقابل تنازل هذا الأخير عن حقه في باقي الأجزاء لسائر الشركاء، فاتخذت القسمة مفهوم المبادلة أو المقايضة وشابهت بذلك ما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية الذي يقولون أن القسمة تتضمن معنى المبادلة والإفراز، وأن القسمة بعد تمامها تخصص لكل شريك نصيب مفرز قاصر عليه لوحده، فإذا كانت الملكية الشائعة مثلا بين شريكين في الشيع يملك احدهما الثلث والآخر الثلثين فالقسمة تقتضي أن يختص مالك الثلث بجزء مفرز يوازي سهمه في الشيوع و يتنازل على حقه في الثلثين المتبقيين، مقابل حصول مالك الثلثين على ثلثين من المال مفرزا

و تنازله على حقه في الثلث، وبالتالي فحقه بعد التبادل ينتقل من المال كله محل القسم إلى جزء معين ونصيب معلوم يوازي حصته الشائعة[1].

و ما يترتب على تكييف أثر القسمة بأنه ناقل للحق الاعتراف بالحقوق والتكاليف التي قررت على الأجزاء أثناء حالة الشيوع من قبل الشركاء والابقاء عليها بغض النظر على نتيجة القسمة[2]، فإذا قرر الشركاء أثناء حالة الشيوع رهنا على عين من الأموال الشائعة وانتقلت ملكية هذه العين بعد القسمة إلى أحد الشركاء بحسب حصته الشائعة، يبقى الرهن قائما في حق الشريك الذي وقعت العين المرهونة في نصيبه[3]، واعتبر هذا الفقه أن الشريك المتقاسم هو خلف للشركاء المتقاسمين وبما أن الرهن لا يقبل التجزئة [4] فالمتقاسم لا يطهر حصته المفرزة إلا بتحمل الرهن وسداد الدين لأنه خلف للشركاء في الجزء المثقل بالرهن[5].

هذا التكييف للقسمة رغم جوانبه المنطقية في ابقاء الحقوق التي نشأت أثناء حالة الشيوع على العين المرهونة، بغض النظر من نتيجة القسمة ووقوع المال محل الرهن بعد إجرائها في يد شريك غير المدين الراهن، إلا أنه يحمل نتيجة قاسية بالنسبة للشريك الذي وقع المال المثقل بالرهن في نصيبه فلا يخلص نصيبه إلا إذا دفعه هو مبلغ الدين، حتى ولو لم يكن المدين بذلك، مما دفع بعض الفقه إلى الاتجاه إلى تكييف آخر للقسمة بأنها كاشفة وليست ناقلة للحق[6].

---

[1] – حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 370.

[2] – بوزيتون عبد الغني، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير قسم القانون الخاص ، فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، لسنة 2010، ص 115.

[3] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 146.

[4] – عقوني محمد، رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسميا، مجلة الفكر العدد العاشر، ص526.

[5] – نبيل ابراهيم سعد المرجع السابق، ص 198.

[6] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 147.

ثانيا: الأثر الكاشف للقسمة

يرى جانب آخر من الفقه[1] أن للقسمة أثر كاشف، وأساس هذا التبرير مستمد من طبيعة القسمة، ويبرر هذا الفكر تكيفه أن القسمة ليست سند تمليك المتقاسم إنما هي كاشفة لحق ثابت منذ تملكه في الشيوع والقسمة فقط حددت نطاق هذا الحق بأن حولت السهم المجرد إلى جزء محدد بالذات، فالإفراز لا ينشئ حقا جديدا للشريك المتقاسم بل حدد محل هذا السهم ماديا ، فحق الشريك أثناء الشيوع ما هو إلا حصة معنوية وهذا ما يميز طبيعة الشيوع المعقدة عن سائر أنواع الملكية والتي أسلفنا ذكرها، ويرى هذا الفقه أن وظيفة القسمة الأصلية هي كشف للحق ماديا لا ناقلة ولا منشأة له، وبهذه القسمة تزول القيود التي كانت على الشريك في حقه بعد ما كان مجبرا على مراعاة حصص سائر الشركاء في المال ليستأُثر بحق خاص به لوحده، فسند ملكية الشريك قبل القسمة هو نفس سند ملكيته بعد القسمة لأن حصته بقيت كما هي فقط تم كشفها ماديا بعدما كانت سهما معنويا، فالشريك الوارث المتقاسم في المال المشاع الذي يكون مصدره الميراث يكون سند تمليكه هو واقعة الميراث وليس القسمة، فهي لا تنشئ حق جديد بل تحقق التطابق بين الحق المعنوي والمادي للشريك في المال المشاع[2].

ويذهب أنصار هذا الرأي إلى التمييز بين الأُثر الكاشف والأثر الرجعي، فهم يوافقون الأثر الكاشف ولا يعتدون بالأُثر الرجعي لأنه وفي رأيهم الغرض من القسمة والإفراز اختصاص كل شريك بنصيب ماديا خالي من التصرفات الصادرة من شركائه أثناء حالة الشيوع، وبما أن القسمة تكشف الحق للمتقاسم الذي

[1] – عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف للنشر دون تاريخ نشر، ص362.

[2] – نفس المرجع، ص 153.

كان قبل القسمة قائمة فلا حاجة للأخذ بالرجعية في القسمة، لأن القول بالمبدأ الرجعي للإفراز في القسمة وبأن الشريك المتقاسم يعد مالكا لتلك الحصة المفرزة منذ بدأ حالة الشيوع يرتب محو حالة الشيوع التي أعقبت بداية الشيوع، وفي هذه المرحلة قد تحدث آثار لا يجوز تجاهلها منها ما قبضه الشركاء من الثمار من المال المشاع، وكذلك التصرفات والحقوق التي رتبها أغلبية الشركاء على المال المشاع[1].

وإعمال مبدأ الرجعية يخول للشركاء الاستلاء على ثمار المال المشاع، كما أن الشيوع ينظر إليه وقت القسمة لا وقت بدأ الشيوع عند تقويمه واقتسامه، فالقول بالمبدأ الرجعي للقسمة على سبيل الحقيقة والقطعية فيه مساس بالحقوق والآثار التي تنشأ أثناء حالة الشيوع والتي لا يجوز تجاهلها حماية للحقوق، خاصة وأن بعض حالات الشيوع تستمر لسنوات عديدة وخلال هذه المرحلة تطرأ بعض التصرفات المرتبة للحقوق على المال المشاع محل القسمة[2].

ثالثا: الأثر المزدوج للقسمة

الرأي الثالث من الفقه يرى أن للقسمة أثر مزدوج، فهي ناقلة وكاشفة للحق، فلو كان المال المشاع أرضا مشاعة بين شخصين مثلا يملك كل واحد منهما النصف، فكل واحد منهما يملك النصف في المال قبل القسمة، وبعد القسمة استأثر كل شريك بنصيب مادي يقدر بالنصف، فالإفراز قرر ملكية ثابتة للشريك كانت قبل القسمة وكشفت حقه، فبعدما كانت حصته مجردة أًصبحت ملموسة، ومن ثم فإن للقسمة أثر

---

[1] – Jean Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie cimamonti, traité de droit civil, (les biens), liban, DELTA, 2000, P 491.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 955.

كاشف، كما أن الشريك بمقتضى القسمة انتقل حقه من كل المال المشاع إلى هذا النصيب فيكون للقسمة أثر ناقل بالإضافة إلى الأُثر الكاشف[1].

نستخلص من هذا الفرع أن الجدل الفقهي في تكييف الإفراز لا يزال قائما بين الفقهاء وكل حسب تفسيره، فالبعض من فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية اعتبر القسمة ناقلة للحق، فحق الشرك بعدما كان في مجموع الموال الشائعة ممثل في سهم، بعد الإفراز انتقل إلى جزء معين بالذات حسب حصته، ويبرر بعض الفقه الإسلامي أن القسمة شابهت البيع ففيها تبادل فاستئثار شريك بجزء مفرز كان مقابل تنازله على حصته في سائر الأجزاء، ولكن تطبيق الأُثر دفعت بالمتقاسم الذي آلت إليه الحصة المفرزة المثقلة بالحقوق المرتبة عليها بتحمل الأعباء والحقوق المرتبة على الحصة المفرزة ما دفع جانب كبير من الفقه بالتخلي على الأثر الناقل للقسمة كتكييف لإفراز الحصة.

الجانب الثاني من الفقه اعتبر القسمة كاشفة ومفاد هذا الاتجاه أن القسمة تكشف حصص الشركاء فهي لا تنقل ملكية الشريك بل تكشف حصته ماديا بعدما كانت سهما في الشيوع، وهذا الجانب من الفقه يستبعد الُر الرجعي للقسمة ففي اعتقادهم مادامت القسمة كاشفة فلا حاجة لرجعيتها لأن حق الشريك ثبت عند بدأ الشيوع وليس بموجب عقد القسمة، ويبررون تجاهلهم للأُر الرجعي أنه فيه هضم للحقوق المرتبة على المال أُناء حالة الشيوع.

الجانب الثالث من الفقه اعتبر القسمة كاشفة وناقلة فهم يقولون بالأُثر المزدوج لها، ففي تصورهم القسمة ناقلة، تنقل حق الشريك من كل المال المشاع إلى جزء مفرز، وكاشفة كشفت حصة الشريك بعدما كانت مجرد حصة في مجموع المال المشاع.

---

[1] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 260.

الفرع الثاني: تبني الأثر الُرجعي والكاشف للإفراز في قسمة المال المشاع

نهج المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية في تبني الأُثر الرجعي في القسمة وذلك في نص المادة 730 من القانون المدني السالفة الذكر، فإذا تملك الشريك في الشيوع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب منذ وقت الشركاء، لا بعد تمام القسمة، وبالتالي فالقسمة ترجع بملكية الشريك في النصيب المفرز إلى وقت بداية الشيوع لا وقت زواله[1]، فالمشرع الجزائري يأخذ بالمبدأ الرجعي للقسمة على خلاف المشرع الأردني الذي يقرر المبدأ الفوري للقسمة وقد نص صراحة بذلك في المادة 1047 من القانون المدني بنصها:" يعتبر المتقاسم مالكا على وجه الاستقلال لنصيبه الذي إليه بعد القسمة"[2].

فالقانون الأردني الذي يستمد جل أحكامه من الشريعة الإسلامية استبعد الأُثر الرجعي للقسمة مراعيا في ذلك الحقوق التي تنشأ أُثناء حالة الشيوع، هذا ما دفع الاتجاه والفقه الحديث إلى الابقاء على النصوص التي تقول بالأُثر الرجعي على أن يأخذ على سبيل المجاز والافتراض لا على سبيل الحقيقة والقطع مراعاة للحقوق المرتبة على الشيوع قبل القسمة[3]، ويبرر الاتجاه والفقه الحديث قوله أن حتى المشرع قرر أخذ مبدأ الرجعية على سبيل المجاز لا على سبيل القطع ودليل ذلك الحماية التي قررها للمتصرف له في المال المشاع أثناء حالة الشيوع من طرف أحد الشركاء، ومما يدل على مجازية الأخذ بالمبدأ الرجعي للقسمة وعدم الأخذ به على سبيل القطع إلى حد إهدار الحقوق، الحماية التي قررها المشرع الجزائري في رهن جزء من المال المشاع أُثناء حالة الشيوع[4].

---

[1] – أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 146.

[2] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 261.

[3] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 959.

[4]– ق.م.ج المادة 890:" يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.

كما نستخلص من المادة 730 أيضا الأثر الكاشف للقسمة وأمر مستمد من طبيعة القسمة، فالشريك بعدما كان مالكا لسهم معنوي في كل المال المشاع، أصبح مالكا لجزء محدد وملموس من المال بعد إفراز حصته، والأثر الكاشف للقسمة تكييف تبنته جل التشريعات العربية حتى المشرع الأردني الذي لم يأخذ بالأثر الرجعي للقسمة تبنى الأثر الكاشف للقسمة إذ نص في المادة1028 في فقرتاها الأولى:" القسمة إفراز وتعيين للحصة الشائعة"[1]، و للأثر الكاشف للقسمة نطاق محدد، ولا يشمل الأثر الكاشف ما يخرج عن هذا الإطار من تصرفات وأموال وأشخاص، ويترتب على تطبيق الأُثر الكاشف للقسمة عدة نتائج.

وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن برمته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة.

ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء، ولا بامتياز المتقاسمين."

[1] – أحمد فلاح عبد البخيت، المرجع السابق، ص 261.

أولا: نطاق تطبيق الأُثر الكاشف في القسمة

الأثر الكاشف لقسمة المال المشاع محدد بنطاق معين من حيث الأموال محل القسمة والتصرفات التي يشملها هذا الأُثر والأشخاص الذين يسري هذا الأُثر في حقهم.

1- نطاق تطبيق الأُثر الكاشف من حيث التصرفات

ينطبق الأُثر الكاشف في القسمة على جميع التصرفات التي من شأنها إنهاء حالة الشيوع، مهما كان شكلها قضائية أو رضائية أو تصفية بمعدل أو بدون معدل، فلا مجال لتطبيق الأثر الكاشف على التصرفات المؤقتة سواء كانت قسمة مهايأة أو ملكية أسرة.

و في قسمة التصفية إذا بيع المال المشاع في المزاد أو ممارسة يجب التفريق ما إذا كان المشتري احد الشركاء أو أجنبيا عن الشيوع، فإذا ووقع البيع في نصيب أحد الشركاء فيعتبر قسمة أوقعت المال في نصيبه بأُثر كاشف، ويأخذ الثمن حكم معدل القسمة، أما إذا كان المشتري أجنبيا فالتصرف يعبر بيعا ما بين الشركاء والمشتري وقسمة فيما بينهم.

ويسري الأثر الكاشف أيضا على بيع الشريك لحصته الشائعة للشريك الآخر، ويكون هذا الأخير بعد القسمة مالكا للحصة المبيعة منذ بدأ الشيوع لا من وقت البيع، ولا ينطبق الأثر الكاشف على الهبة التي يرتبها الشريك لشريك آخر لحصته الشائعة لأن القسمة تأخذ مفهوم المعاوضة لا التبرع، فالهبة لا تعادل القسمة وتكون بهذا المفهوم ناقلة للحق لا كاشفة له[1]، غير أنه يجوز للشركاء طلب إبطال التصرف كما لو كان بيع مستترا في عقد هبة بهدف حرمان الشركاء من استخدام حق الشفعة أو الاسترداد على

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، ص 961.

الحصة المبيعة[1]، وذلك عن طريق دعوى الصورية والتي يجب على الشركاء رفعها قبل تمام القسمة مع الشريك الطارئ الذي تملك الحصة قبل القسمة[2].

ويرى جانب من الفقه أن الرهن الذي يبرمه المتقاسم أثناء حالة الشيوع يبقى قائما في ذمته ولو وقعت العين محل الرهن في نصيب شريك آخر، ويحتفظ بكافة آثاره اتجاه المتقاسم المدين الراهن، حفاظا على حقوق الغير التي رتبها المتقاسم على المال المشاع[3].

2- نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال

يشمل الأُثر الكاشف للقسمة كل الأموال الشائعة التي تم اقتسامها وإفرازها، سواء كانت منقولة أو عقارية، وسواء كانت مادية او معنوية كحقوق المؤلف، ويستبعد من تطبيق الأثر الكاشف معدل القسمة فإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا وعوض بمعدل القسمة عن ما نقصه، كان الأُثر الكاشف ساريا على الأموال الشائعة التي تم اقتسامها غير ساريا على المعدل، ويستبعد من تطبيق الأثر الكاشف الحقوق الشخصية التي تشتمل عليها اموال الشائعة، ففي الشيوع الذي مصدره الميراث مثلا الحقوق الشخصية لا تمر بمرحلة الشيوع بل تنقسم بين الورثة بمجرد وفاة المورث كل شريك بحسب حصته الشائعة فلا مجال لإعمال الأُثر الكاشف إليها.

---

[1] – وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العقاري، جامعة منتوري قسنطينة، لسنة 2008، ص 32.

[2] – أيمن أبو العيال، مقال لمجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والاجتماعية بعنوان الصورية ودعوى الطعن بها، العدد الأول 2004، ص 50.

[3] – François Terré, Philippe Simler – Doit Civil , Les biens, 7eme édition 2006 Dalloz ,p 472.

3- نطاق تطبيق الأُثر الكاشف من حيث الشخاص

يسري الأثر الكاشف على جميع الشركاء المتقاسمين الذين كانوا مالكين في الشيوع وقت القسمة، سواء كان الشركاء أصلين أي منذ بدأ الشيوع أو طارئين عليها كالأشخاص الذين اشتروا حصص شائعة، إذ لا يشترط أن تكون حقوقهم في الشيوع مستمدة من سند واحد فقد تكون من عدة سندات، ويسري الأثر الكاشف بالنسبة للغير إذا كان دائن مرتهن للحصة أو الجزء المفرز من المال المشاع ،و ينتقل حق الدائن المرتهن إلى النصيب الذي وقع في حق مدينه، فإذا رهن شريك جزء مفرز من المال ووقع هذا الأخير بعد القسمة في نصيب شريك آخر لا ينتقل إليه الرهن وفقا لمبدأ الُر الكاشف فالجزء المفرز ينتقل إلى الشريك خاليا من الديون[1].

ثانيا: النتائج المترتبة على تطبيق الأثر الكاشف لإفراز الحصص

الأثر الكاشف لقسمة المال المشاع يشمل صنف محدد من الأشخاص ويسري على أشخاص معينين وتصرفات محددة، وتطبيقه على هذه الشريحة دون غيرها يترتب عليه مجموعة من النتائج:

1-تطهير الجزء المفرز من جميع التصرفات التي رتبها الشركاء في الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المتقاسم، فهذا الجزء يستأُثر به هذا الأخير خاليا من كل الحقوق التي رتبها الشركاء الآخرين عليه، وله أن يطلب من الشريك المدين على نفقة هذا الخير شطب الرهن وغيرها من التكاليف المرتبة على نصيبه المفرز.

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، ص 964.

2- استبعاد القسمة كسبب للتقادم القصير المكسب للملكية، فالشريك المتقاسم إذا اختص بجزء مفرز من المال الشماع، لا يعتبر مالكا بموجب عقد القسمة بل مالكا منذ بدأ الشيوع فالقسمة كاشفة لا ناقلة للحق، فإذا كان أصل الملكية قبل بدأ الشيوع ليس مالكا فلا يعتد بالقسمة كسبب للتقادم القصير، فإذا اشترى الشركاء قطعة أرض مثلا على أن تكون مشاعة بينهم، واقتسموا وبعد ذلك الأرض كل حسب خصته فلا يعتبر سند القسمة سببا للتقادم القصير إذا ثبت أن البائع ليس مالكا للعقار وتِؤول ملكية العقار للمالك الحقيقي الذي له سند مشهر بالمحافظة العقارية، ونفس الحكم ينطبق على الورثة المتقاسمين الذي لم يكن مورثهم مالكا للعقار، لأن القسمة كاشفة للحق وليست ناقلة له.

3- لا يجوز استرداد الأجزاء المتقاسمة فإذا كان أحد الشركاء منتفعا بجزء من أرض فلاحية مثلا وبعد القسمة وقع الجزء في نصيب شريك متقاسم آخر فلا يجوز للشريك الذي كان منتفعا بالجزء أن يطلب استرداد الجزء، لأن الاسترداد يكون في التصرفات الناقلة للملكية لا الكاشفة لها[1].

4- يجوز للشريك في القسمة الحاصلة بالتراضي ان ينقض القسمة للغبن إذا أثبت أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس، ويسقط حقه إذا قبل بمعدل عن ينقص حصته في الشيوع[2].

5- وجوب شهر عقد القسمة وتسجيلها أوجب قانون التسجيل والشهر العقاري الصادر بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري،

---

[1] ق.م.ج المادة 721: للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار، أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، إذا عوضه عن كل ما أنتقه.

وإذا تعدد المستردون، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته."

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 969.

شهر جميع التصرفات الواردة على العقار [1]و حتى العقود والاتفاقات والتصريحات لا يكون لها أُثر حتى بين الطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة العقارية[2]، فسند القسمة ليس ناقل للملكية بل كاشف لها ولكن يجب شهر هذا السند في مجموعة البطاقات العقارية ليجوز للشركاء المتقاسمين الاحتجاج بها على الغير، فلو باع أحد الشركاء جزء من المال المشاع قبل القسمة وقام بالشهر يكون حجة على المتقاسمين ولا تكون القسمة حجة عليه، على خلاف كما لو قام الشركاء بشهر القسمة قبل شهر التصرف هنا تكون القسمة حجة على المشتري[3].

ويجب على المحافظ العقاري إعداد دفاتر عقارية جديدة في حالة قسمة العقارات عينا، ويقوم بترقيمها، والمقرر قانونا أن يقوم بإتلاف الدفتر العقاري للمال الشائع قبل القسمة لأن البطاقة التعريفية للعقار تغيرت بعد القسمة بتحديد الأنصبة، ولكن ما يقع عمليا ان يحفظ هذا الدفتر العقاري في الأرشيف ويؤشر عليه بأنه ألغي[4].

نخلص في هذا الفرع أن المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات العربية الأخرى، تبنى الأثر الكاشف والرجعي للقسمة، عدا المشرع الأردني الذي قرر الأُثر الكاشف دون الرجعي للقسمة لما قد يكتنف هذا الأخير من هضم للحقوق المرتبة أُثناء حالة الشيوع، ما دفع فقهاء والقضاء لتفسير الأُثر الرجعي على سبيل المجاز لا على سبيل القطع مستدلين في ذلك على اعتراف المشرع بصحة التصرفات الصادرة من الشركاء أُثناء حالة الشيوع من بيع ورهن وغيرها، ويترتب على اعتبار القسمة كاشفة أن حصة الشريك

---

[1] – الأمر 47/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المادة 15:"

[2] – الأمر 47/75 السالف الذكر المادة 16:"

[3] – أحمد خالدي: المرجع السابق: ص 165.

[4] – رويصات مسعود، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العقاري، جامعة الحاج لحضر باتنة، لسنة 2009، ص 64.

بعدما كانت سهم مجرد في المال المشاع أًبحت حصة مفرزة فتتحول الملكية من ملكية شائعة إلى ملكية خاصة.

تحول الملكية من شائعة إلى خاصة بموجب عقد أو الحكم بالقسمة، لا يجعل المتقاسمون يدفعون به كسند لاكتساب الملكية إذا ثبت ملكية الغير للمال محل القسمة.

المطلب الثاني: الضمان في قسمة المال المشاع

يترتب على قسمة المال المشاع التزاما متبادلا بين الشركاء المتقاسمين بالضمان، فيحق لكل متقاسم الرجوع على بقية الشركاء إذا وقع له تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة[1]، فكل متقاسم ضامن لسائر المتقاسمين ما يقع لهم من تعرض واستحقاق في حصصهم المفرزة التي آلت إليهم بموجب القسمة[2].

ويتميز ضمان التعرض على ضمان الاستحقاق في كون ضمان التعرض ضمان لادعاء الغير الأجنبي عن الشيوع ملكية المال الذي آل للشريك المتقاسم، سواء كانت ادعائه لملكية الحصة المفرزة كلها أو جزء منها، بينما ضمان استحقاق الشريك هو ضمان للشريك المستحق للحصة التي صدر فيها حكم لصالح أجنبي بما يدعيه من حق على هذه الحصة، فيضمن الشركاء استحقاق الشريك، فضمان الاستحقاق مترتب على الإخلال بدفع تعرض الغير[3].

وتطرق المشرع الجزائري إلى أثر الضمان في قسمة المال المشاع في المادة 731من القانون المدني بنصها:" يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة. فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

[1] – عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون عقاري جامعة الحاج لخضر باتنة، لسنة 2009، ص 184.

[2] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 109.

[3] – زايد رجب أحمد البشبيشي، المرجع السابق، ص 431.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه."

ويقابل هذا النص في التشريع المصري نص المادة 844 من القانون المدني[1]، وفي القانون المدني السوري نص المادة 798 من القانون المدني، والمادة 848 من القانون المدني الليبي، والمادة 1076 من القانون المدني العراقي، والمادة 948 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على ما يلي:" يضمن كل من الشركاء المتقاسمين أنصبة سائر الشركاء للأسباب السابقة على القسمة طبقا للأحكام الموضوعية للبيع[2]."

وفي التشريع الفرنسي قرر المشرع الفرنسي الضمان في القسمة على كل الاختلالات التي تقع في القسمة وكذا التعرض للمتقاسم، واشترط المشرع في الضمان أن يكون التصرف الذي وقع في العين التي وقعت في نصيب المتقاسم قد تم قبل القسمة، ولا يحق للمتقاسم في الضمان إذا كان التعرض نتيجة خطئه أو بند في عقد القسمة يقضي بالإعفاء من الضمان[3].

---

[1] – ق.م.م.

[2] – ق.م.ع.ل

[3] – Art C 884c.fr : " Les cohéritiers demeurent respectivement garants, les uns envers les autres, des troubles et évictions seulement qui procèdent d'une cause antérieure au partage. Ils sont également garants de l'insolvabilité du débiteur d'une dette mise dans le lot d'un copartageant, révélée avant le partage. La garantie n'a pas lieu si l'espèce d'éviction soufferte a été exceptée par une clause particulière et expresse de l'acte de partage ; elle cesse si c'est par sa faute que le cohéritier souffre l'éviction"

والضمان في القسمة هو خروج على القاعدة العامة، فالأصل أن ضمان التعرض والاستحقاق يكون في التصرفات الناقلة للحق كالبيع مثلا[1]، والقسمة تصرف كاشف للحق فهي لا تنقل حقوق الشركاء بل تكشف حصصهم، بعدما كانت أسهم مجردة، غير أن المشرع تقريرا لمبدأ المساواة بين الشركاء المتقاسمين وحماية لهم مما قد يتعرض لهم في حصصهم المفرزة، قرر ضمان التعرض والاستحقاق، ويجب فيما لم يرد فيه نص في ضمان التعرض والاستحقاق يرجع فيه إلى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع مالم تتعارض هذه الأحكام مع تكييف القسمة بأنها كاشفة، أو مع مبدأ المساواة بين الشركاء المتقاسمين [2].

[1] – ق.م.ج نص المادة 371:" يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله او من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه."

نص المادة 372 من نفس القانون فقرة اولى:" إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع، كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولأم يتدخل في الخصام، وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ صادر من المشتري."

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق 972.

الفرع الأول: شروط الضمان في القسمة

قرر المشرع الجزائري شروط لقيام الضمان في القسمة نستشفها من خلال نص المادة 731 من القانون المدني السالفة الذكر، وسايره في ذلك سائر التشريعات العربية، فلا يقوم الضمان في القسمة إلا إذا توفرت هذه الشروط، هذه الأخيرة منها ما هو مرتبط بالغير الأجنبي عن الشيوع ومنها ما هو متعلق بالشريك المتقاسم الذي تعرض له الغير

أولا: شروط الضمان المرتبطة بالغير

قيد المشرع الجزائري وغيره من التشريعات العربية بعض الشروط المرتبطة بالغير، فاشترط وقوع التعرض أو الاستحقاق من هذا الأخير، وأن ويكون مستندا إلى سبب قانونيا، وأن يكون هذا السند أو السبب القانوني الذي ادعى به الغير حقه في الحصة المفرزة تم قبل القسمة وليس بعدها.

1- وقوع تعرض أو استحقاق من الغير على الشريك المتقاسم:

اشترطت نص المادة 731 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر لوجوب الضمان في القسمة، أن يتعرض الغير للشريك المتقاسم في الحصة التي آلت إليه، فيجب أن يقع تعرض أو استحقاق للشريك

المتقاسم، فلا تكفي العيوب الخفية للحصة المفرزة كسبب للضمان[1]، ولا مجال لإعمال قاعدة العيوب الخفية في قسمة المال المشاع لسببين، الأول هو أن العين المعيبة كان ولا بد أن تدخل في مجموع الأموال محل القسمة وهذا أمر لا يمكن تجنبه، والسبب الثاني أن العيب إذا لحق درجة من الجسامة جاز للشريك الذي وقع المال المعيب في حقه، ان يستند إلى نص المادة 732 من القانون المدني ويدفع بالغبن إذا أثبت ان العين لحقها خسارة تصل إلى حد الخمس.

كما يجب أن يقع التعرض والاستحقاق من الغير الأجنبي عن المتقاسمين وهذا ما نستخلصه من مضمون المادة 731 السالفة الذكر، أما إذا كان التعرض صادرا من احد المتقاسمين تطبق الأحكام العامة للقسمة التي مقضي بعدم جواز المتقاسمين أن يتعرضوا لبعضهم البعض هذا إن كان تعرض المتقاسم للآخر ماديا أما إذا كان قانونيا، كأن يكون المال الذي آل إلى الشريك المتقاسم لم يكم من ضمن الأموال الشائعة بل كان مملوك ملكية خاصة للشريك الآخر، فالقسمة لا تنقل الحق إلى المتقاسم بل تكشف الأنصبة ماديا، فلا يلتزم المالك للعين بالضمان، ولكن يجوز إبطال القسمة للغلط، أما الشريك المتقاسم التي آلت إليه ملكية الغير بالغلط يجوز له أن يطلب نقض القسمة للغبن، أو يرجع على سائر الشركاء المتقاسمين بضمان الاستحقاق بعد أن يرد العين المملوكة للغير لصاحبها.

ويجب ان يكون التعرض الصادر من الغير مستندا على سبب قانونيا فالشريك المتقاسم لا يضمن التعرض المادي، يجب على الغير أن يرفع دعوى بالحق الذي يدعيه على العين التي آلت إلى الشريك المتقاسم.

2- ثبوت حق الغير على الحصة المفرزة قبل القسمة:

---

[1] – محمد زعموش، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه دولة ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، سنة 2005، ص 87

يجب لضمان الاستحقاق أن يكون سند الغير في الحصة المفرزة تم قبل القسمة، وهذا ما أشار أليه المشرع الجزائري صراحة في بداية المادة 731 بنصها :" يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة....."، ومن الأمثلة أن تكون الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب الشريك المتقاسم كانت تحت حيازة أجنبي، وكانت حيازته غير كافية لاكتساب الملكية، ففي هذه الحالة تظل الملكية للشريك المتقاسم على أن يتدخل ويقطع الحيازة برفع دعوى ، أما إذا أهمل قطعته الأرضية واكتسبها الأجنبي فلا يحق له أن يرجع على الشركاء المتقاسمين لأن سند الأجنبي كان بالتقادم المكسب وتحقق هذا الخير بعد القسمة وليس قبلها، أما إذا اكتملت حيازة الأجنبي للأرض وأكسبته الحصة الأرض قبل إجراء القسمة فيقوم حق الشريك المتقاسم في الدفع بضمان الاستحقاق في القسمة.

ثانيا : شروط الضمان المرتبطة بالشريك المتقاسم

يجب لقيام الضمان في القسمة كذلك توافر شروط في الشريك المتقاسم الذي وقع له تعرض أو استحقاق، فلا يصوغ للشريك أن يرفع دعوى تعرض أو استحقاق على سائر الشركاء إذا كان تعرض الغير واستحقاقه تم بسبب خطئه، كما يجب لقيام الضمان لا يكون هناك بينه وبين سائر الشركاء شرط يقضي بالإعفاء من الضمان.

1- أن لا يرجع الاستحقاق إلى خطأ الشريك المتقاسم

ليحق للشريك المتقاسم الرجوع على الشركاء بضمان الاستحقاق يجب أن لا يكون الاستحقاق نتيجة خطئه، ففي المثال السابق إذا كان الغير حائزا للحصة المفرزة حيازة غير كافية لاكتساب الملكية واكتسب

الشريك المتقاسم الحصة التي حازها الغير، كان على الشريك المتقاسم قطع الحيازة وفقا لنصوص القانون المدني[1]، لأن المتقاسم مالك للحصة، والقسمة هي إعلام وإخطار له بحقه المفرز الذي يحوز الغير.

ويكون خطأ الشريك المتقاسم أيضا إذا رفع عليه الغير دعوى استحقاق وتولى وحده الدفاع في الدعوى دون أن يدخل سائر الشركاء في الدعوى، وإهماله بالتمسك بهذا الدفع أخسره القضية، خاصة إذا كان للشركاء ما يثبت أحقية الشريك المتقاسم على الحصة المفرزة التي وقعت في نصيبه، فتدخلهم كان بإمكانه أن يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق من الغير، وهذا قياسا على ضمان الاستحقاق في البيع، فانتهاج الشريك سبيل لوحده للدفاع عن حقه أدى إلى خسارته الدعوى وكان عليه أن يدخل سائر الشركاء في الدعوى[2].

ويكون الشريك المتقاسم مخطئا إذا أغفل الدفع بالتقادم المكسب إذا تملك الحصة المفرزة بالتقادم ولم يدخل الشركاء المتقاسمين، فكان عليه إدخالهم في الدعوى حتى ولو أغفل الدفع ليتولوا هم بأنفسهم الدفع بالتقادم المكسب، وفي هذا الفرض لا يحق له الرجوع على الشركاء بضمان الاستحقاق[3].

2- عدم وجود اتفاق يعفي المتقاسمين من الضمان

يجب ليتمسك الشريك المتقاسم بضمان التعرض والاستحقاق في القسم ان لا يكون متفقا مسبقا مع الشركاء على إعفائهم من الضمان في حالة وقوع تعرض أو استحقاق من الغير، وهذا ما نصته المادة 731 من القانون المدني صراحة، فوجود شرط في القسمة أو في اتفاق خاص بين الشركاء يقضي بإعفاء

---

[1] - ق.م.ج المادة834:" ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن حيازته أو فقدها ولو بفعل الغير.
غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة، إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد."

[2] - حسن كيره، المرجع السابق، ص 420.

[3] - عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 988.

المتقاسمين من الضمان في القسمة يمنع الشريك من الرجوع على سائر الشركاء في حصته المفرزة، غذا وقع له تعرض او استحقاق.

ورجوعا إلى قواعد الضمان في عقد البيع أجاز المشرع للأطراف التدخل لزيادتها وإنقاصها وحتى إسقاطها، فأحكام الضمان ليست من النظام العام[1]، غير أن هذا الحكم يسقط إذا اخفى المتقاسمون حقا او تصرفا على الشريك الذي آلت إليه الحصة المفرزة، ومثال ذلك أن يكون على الحصة المفرزة حق ارتفاق وأخفى الشركاء هذا الحق واتفقوا على اسقاط حق الضمان، في هذه الحالة يسقط اتفاقهم بإسقاط الضمان لأنهم تعمدوا إخفاء حق الارتفاق، على أن يتحمل الشريك المتقاسم تعمدهم لإخفاء الحق المقرر على الحصة المفرزة قبل القسمة[2].

وهذا ما تضمنه المشرع الفرنسي في نص المادة 884 من القانون المدني السالفة الذكر، والتي أوجبت لقيام الضمان أن لا يكون اتفاق بين المتقاسمين يعفي من الضمان سواء في عقد القسمة أو في عقد لاحق.

نستخلص في هذا الفرع أنه يجب توفر مجموعة من الشروط ليتمكن الشريك من الدفع بالضمان في القسمة، فمن الشروط ما هو متعلق بالغير الذي تعرض للمتقاسم فيجب ان يكون هذا المتعرض لا من المتقاسمين، ويكون تعرضه في الحصة المفرزة قانونيا فلا يضمن الشركاء التعرض المادي الصادر من الغير، ويجب أن يكون لهذا الأخير حق على الحصة المفرزة قبل القسمة لا بعدها، فلا يضمن المتقاسمون للمتقاسم الحق الذي يرتب على الحصة المفرزة بعد القسمة.

[1] – ق.م.ج المادة 377 فقرة 3:" ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير."
[2] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 978.

ومن شروط الضمان في القسمة ما هو مرتبط بالمتقاسم بنفسه، فيجب أن لا يكون الحق الذي رتب على الحصة المفرزة نتيجة خطئه أو إهماله للحصة المفرزة، ففي هذه الحالة لا يحق للمتقاسم الرجوع على المتقاسمين بالضمان، كما لا يحق له الرجوع عليهم كما لو كان هناك اتفاق يقضي صراحة على الاعفاء من الضمان في القسمة قياسا على الضمان في عقد البيع، إلا إذا أُثبت المتقاسم تواطؤ المتقاسمين وإخفائهم لحق الغير على الحصة المفرزة.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على تحقق الضمان

إذا تحقق الضمان وثبت حق الغير على الحصة المفرزة، وجب على الشركاء المتقاسمين أن يعوضوا الشريك المتقاسم عما لحه من تعرض او استحقاق في حصته المفرزة لأنهم ملزمون بالضمان في قسمة المال المشاع، فالأثر الوحيد المقرر في القسمة إذا وقع للشريك تعرض هو تعويضه على الخسارة وهذا ما نستخلصه من نص المادة 731 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، والتي سايرتها في ذلك التشريعات العربية، وحتى المشرع الفرنسي قرر التعويض وفقا لمبدأ الضمان في القسمة، على أن تكون العبرة في تقويم الخسارة بوقت رفع اليد على الحصة التي آلت للمتقاسم كليا أو جزئيا[1].

[1] – Art C 885c.fr: "Chacun des cohéritiers est personnellement obligé, à proportion de son émolument, d'indemniser le cohéritier évincé de la perte qu'il a subie, évaluée au jour de l'éviction. Si l'un des cohéritiers se trouve insolvable, la portion dont il est tenu doit être également répartie entre le garanti et tous les cohéritiers solvables".

ويكون التعويض حسب ما لحق الشريك المتعرض له من ضرر، ولكن ليحق للشريك المتقاسم الضمان يجب أن تكون وضعيته القانونية تسمح له بذلك بأن يكون من الحالات التي يجب فيها الضمان، كما أن هذا الأخير يتخذ عدة صور بحسب التعرض والاستحقاق الذي وقع للشريك المتقاسم.

أولا: الحالات التي يجب فيها الضمان

ليحق للشريك المتقاسم الذي تعرض له الغير أن يكون في وضعية قانونية تسمح له بالدفع بالضمان في القسمة لما لحقه من تعرض واستحقاق الذي ثبت حقه على المال الذي إلى للمتقاسم، ويوجد خمس حالات تسمح للمتقاسم بالرجوع على المتقاسمين بضمان التعرض أو الاستحقاق:

1- إذا قام المتقاسم بإخطار المتقاسمين بدعوى الاستحقاق التي رفعها الغير عليه، ولم يفلحو في دفع دعوى المتعرض، وحكم لمصلحة هذا الأخير.

2- إذا رفض المتقاسمون الدخول في الدعوى بعد إخطارهم من الشريك المتقاسم بدعوى الاستحقاق، ولم يتمكن الشركاء من إُثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أو خطأه وحكم لصالح المتعرض.

3- إذا أقّر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المتعرض أو تصالح معه، ولم يثبت المتقاسمون رغم إخطارهم ورفضهم الدخول في الدعوى، أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.

4- إذا لم يخطر المتقاسم سائر المتقاسمين بدعوى الاستحقاق، وحكم لصالح المتعرض، ولم يثبت المتقاسمون أن تدخلهم في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها.

5- إذا أٌقر المتقاسم بحق المتعرض وسلمه حقه دون رفع دعوى، ولم يثبت المتقاسمون حق المتعرض في الحصة المفرزة[1].

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن المرجع السابق، ص 980.

ثانيا: صور الضمان في القسمة

إذا حكم لصالح المتعرض او ثبت حقه وجب تعويضه في حصته عما لحقه من تعرض واستحقاق، ويختلف التعويض حسب صورة التعرض فقد يكون التعرض في الحصة المفرزة كلها كما قد يكون التعرض في جزء الحصة المفرزة، كما يعتبر تعرضا ما أداه المتقاسم نقدا للمتعرض لتوقي استحقاق العين المفرزة كليا أو جزئيا.

1- التعويض عن الاستحقاق الكلي للحصة المفرزة

يتم التعويض عن الاستحقاق الكلي للحصة المفرزة إذا استحق الغير الحصة المفرزة كليا، وفي هذه الحالة لا تفسخ القسمة مثلما رأينا في أحكام الغبن، ولا تكون قابلة للإبطال كما لو تعلق الأمر بعيوب الإرادة، بل يعوض الشريك المتقاسم الذي وقع له استحقاق في حصته المفرزة ويشمل التعويض قيمة العين وملحقاتها.

تقدر قيمة العين وقت القسمة لا وقت بدأ الشيوع وهذا ما تطرقت إليه المادة 731 من القانون المدني الجزائري صراحة في فقرتها الأولى بنصها:" يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة. فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين."

وطبقا لمبدأ التساوي بين الشركاء المتقاسمين إذا استحق الغير كل الحصة الشائعة وقدر ثمنها مثلا ب3000000دج وكان الشركاء خمسة متساوين في الحصص، رجع الشريك المتقاسم على سائر الشركاء بقدر حصصهم ويتحمل نصيبية في هذه الحصة المفرزة المقدر ب600000دج، ويعود على الشركاء بنفس القدر لأنهم متساوون في الحصص وتقدر في مجموعها 2400000دج، فإذا كان من بين المتقاسمين الأربعة الباقين معسر إعسارا كليا، تحمل الشريك المتقاسم مع الشركاء الثلاثة القدر الذي يلتزم به المتقاسم المعسر المقدر ب600000دج، هذه القيمة يتحملها الشركاء الأربعة بما فيهم الشريك المتقاسم، فيتحمل المتقاسم الذي وقع له استحقاق في حصته بقدر حصته 150000 دج، ويتحمل الشركاء الثلاثة نفس القيمة والتي تقدر في مجموعها بينهم 450000دج.

ويتحمل المتقاسمين إضافة إلى مبلغ تعويض الحصة التي استحقت استحقاقا كليا ملحقات العين، والتي تشتمل على فوائد العين القانونية، والمصروفات النافعة التي أنفقها المتقاسم الذي وقع له استحقاق، فيجب على المتقاسمين ان يعوضوا المتقاسم جميع الفوائد القانونية التي لم ينتفع بها بسبب الاستحقاق الذي صدر من الغير كما يعوض على الأموال التي أنفقها في سبيل تحسين الحصة المفرزة، وما يلاحظ أن القسمة تختلف عن البيع في مسألة الضمان،، ففي البيع مثلا يعوض البائع المشتري إضافة إلى قيمة المبيع الخسارة وما فاته من فاته من كسب، أما في القسمة فلا يعوض المتقاسم إضافة إلى حصته المفرزة إلا على الخسارة، لأن المقسمة لا مضاربة فيها مثل البيع.

2- التعويض في عن الاستحقاق الجزئي للحصة المفرزة

يكون الاستحقاق جزئيا كما لو استحق الغير جزءا من الحصة المفرزة التي آلت للشريك المتقاسم، ولم يوضح المشرع الجزائري على غرار سائر التشريعات في مسألة الاستحقاق الجزئي كما فعل في عقد البيع فقد اكتفى بإلزام المتقاسمين بتعويض المتقاسم عن حصته المفرزة.

ويتم تقدير قيمة الحصة المفرزة وقت القسمة، ويتحمل كل شريك حصته في الخسارة التي لحقت المتقاسم الذي وقع له استحقاق جزئي في حصته، ويعوض المتقاسمون المتقاسم ما لحقه من خسارة، ولا يشمل التعويض على ما فاته من خسارة لأن القسمة كاشفة للحق ولا مضاربة فيها كالبيع.

3- التعويض عن ما أداه المتقاسم للمتعرض:

يعوض الشركاء المتقاسمون كل ما أداه المتقاسم للمتعرض في سبيل توقي استحقاق العين كليا أو جزئيا، وهذا الحكم مستمد من أحكام التعويض للاستحقاق في عقد البيع، فإذا أدى المشتري مبلغا للمتعرض لتوقي استحقاق العين كليا أو جزئيا، كان له أن يرجع على البائع بمبلغ الذي أداه إلى للمتعرض، فيقرر القانون نوعا كمن الاسترداد للمشتري عن ما أداه للبائع، هذا الحكم يرى جانب من الفقه من جواز تطبيقه في القسمة في غياب نص يفصل في حكم المبلغ الذي يؤديه المتقاسم في دعوى الاستحقاق.

وتأدية مبلغ من المال للمتعرض يعد صلحا بين المتقاسم والغير، أما هذا المبلغ في مواجهة سائر الشركاء يعد استحقاقا يتحملون بموجبه تعويض المتقاسم كل حسب حصته، والمفترض في المبلغ الذي أداه المتقاسم أنه يتحمله كل الشركاء كل بقدر حصته بما فيهم المتقاسم الذي يستنزل نصيبه في هذا المبلغ بقدر حصته، ولا يلتزم الشركاء برد ما أداه المتقاسم للمتعرض إلا إذا كان مبلغ التعويض للاسترداد أُقل من المبلغ الذي كانوا سيدفعونه بسبب ضمان الاستحقاق، مع افتراض أن حق المتعرض لا يمكن دفعه.

ويشمل مبلغ التعويض أيضا ما يتفق عليه المتقاسم مع المتعرض لتسهيل انتفاع بالعين المفرزة، فقد لا يكون الاتفاق بين المتقاسم والمتعرض مبلغا من المال، بل حق ارتفاق ينكره الغير المتعرض، فيتفق المتقاسم مع المتعرض على ترتيب حق ارتفاق جديد مقابل لعقار المتعرض على العين المفرزة على أن يقر المتعرض بحق ارتفاق المتقاسم على عقاره، ففي هذه الحالة لا يخلص الشركاء من الضمان باستعمال حق الاسترداد إلا إذا أدوا للمتقاسم قيمة الارتفاق الجديد الذي أنشئ على العين المفرزة والفوائد القانونية لهذه

القيمة من وقت إنشاء حق الارتفاق ومصاريف الاتفاق، و ذلك بعد استنزال نصيب المتقاسم مستحق الضمان من مبلغ التعويض وذلك وفقا لمبدأ المساواة بين المتقاسمين[1].

نخلص في هذا الفرع من الأطروحة، إلى أنه إلى ثبت حق الغير في الحصة المفرزة التي آلت إلى المتقاسم كان على المتقاسمين كل بحسب حصته في المال المشاع تعويض المتقاسم الذي وقع له استحقاق في حصته، ويكون الاستحقاق كليا إذا استحق الغير العين المفرزة كلها، أما الاستحقاق الجزئي يكون كما لو كان تعرض الغير واستحقاقه في جزء من العين المفرزة، ويتحمل سائر الشركاء تعويض المتقاسم عن لحقه من خسارة، ويكون التعويض أيضا في صورة استرداد إذا أدى الشريك للغير مبلغا لتوقي استحقاق العين كليا أو جزئيا.

يقوم المتقاسمون بتعويض المتقاسم ليس فقط إذا أدى مبلغا نقدا بل حتى ما يتفق عليه مع الغير كما لو رتب حق ارتفاق جديد على العين المفرزة، مقابل إقرار الغير بارتفاق المتقاسم على أرضه لتمكين المتقاسم من الوصول إلى حقه المفرز والاستئثار به، وفي التعويض يتم تنزيل حصة المتقاسم من مبلغ التعويض، لأن ما لحقه من خسارة يتحمله كل المتقاسمين بما فيهم المتقاسم الذي وقع له استحقاق في حقه المفرز، فيتم تنزيل حصته في التعويض ليتحمل البقية المبلغ كل بحب حصته.

يتحمل المتقاسمون في مبلغ التعويض حصة أحدهم إذا كان معسرا إعسارا كليا، ويحلون محله في تعويض المتقاسم كل حسب حصته، وتنزل أيضا حصة المتقاسم المتعرض له من المبلغ الذي لم يستطع المتقاسم المعسر أداءه حسب سهمه.

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 980.

الخاتمة

يثير المال المشاع العديد من المشاكل في الحياة العملية، فهو حالة غير مرغوب فيها تتشابك فيها سلطات الشركاء على المال المشاع بينهم، ويبقى الحل الأمثل لإنهاء هذه المشاكل وإزالة الشيوع القسمة، ونظرا لأهمية القسمة وما تحويه من حل للنزاعات والمشاكل التي يثيرها الشيوع، نظم المشرع الجزائري على غرار سائر التشريعات العربية والفقه الاسلامي وحتى التشريع الفرنسي نظام القسمة، وفصلها تفصيل محكما آخذا بعين الاعتبار كل الافتراضات التي قد تكتنف قسمة المال المشاع.

من خلال ما تقدم من بحثنا حول موضوع قسمة المال المشاع، وبعد بيان مختلف الأحكام التي أوردها المشرع الجزائري والتشريعات الأخرى في هذا الإطار، نخلص إلى أهم النتائج التي قد انتهينا إليها ليكون للبحث ثمرته، ويمكن إيجازها في ما يلي:

1- طلب قسمة المال المشاع حق قررته كل التشريعات العربية والتشريع الفرنسي والشريعة الإسلامية، وقرره المشرع الجزائري للشريك للخروج من الشيوع ما لم يوجد نص أو اتفاق يحول دون طلبه للقسمة النهائية.

2- رسم المشرع الجزائري على غرار سائر التشريعات صورتين للقسمة النهائية للمال المشاع، القسمة الاتفاقية والتي تتم بموافقة الشركاء، والقسمة القضائية التي يلجأ فيها الشركاء للقضاء إذا اختلفوا في قسمة المال المشاع.

3- القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه أحكام العقود العامة من رضا ومحل وسبب، وهو الصورة الأنجح لإنهاء الشيوع بدل التقاضي والمصاريف القضائية والاجراءات المطولة التي تتخذها القسمة القضائية والتي تكاليف الزائدة التي تثقل كاهل المتقاسمين.

4- تصرف الورثة في تركة مورثهم وهو على قيد الحياة ظاهرة انتشرت في الآونة الأخيرة، مما دفع المشرع بالتدخل ومنع قسمة تركة مستقبلية، بل ورتب حكما جزائيا لكل من سولت له نفسه في الاستلاء على التركة.

5- القسمة القضائية تتم باللجوء إلى القضاء، ولرفع دعوى القسمة لابد من استيفاء الشروط الموضوعية والشكلية لرفع الدعوى المقررة في قانون الاجراءات المدنية والادارية.
6- تختلف أوجه الطعن المقررة في القسمة النهائية فمنها ما هو مقتصر على الشركاء دون غيرهم ومنها ما يتعدى إلى كل من له مصلحة.
7- يجوز للشركاء الطعن في القسمة بالإبطال والتدليس متى توفرت الشروط القانونية، ويكون إبطال القسمة جوازيا.
8- يختلف حكم الغبن في القسمة بين التشريعات الوضعية، ففي التشريع الجزائري وسائر التشريعات العربية الغبن يجوز للشريك نقض القسمة، بينما لا يجوز للشريك في التشريع الفرنسي عدا طلب تكملة النصاب وهنا تظهر حصانة القسمة التي قررها المشرع الفرنسي.
9- الدفع ببطلان القسمة حق مقرر لكل من له مصلحة لأنه من النظام العام، متى تبين أن أحد الشركاء عديم الأهلية، أو أن المال محل القسمة غير موجود، أو ان القسمة تضمنت عقار مملوك على الشيوع ولم تستوفي الشكلية المطلوبة.
10- قد يطرأ على القسمة ما يجيز بطلانها متى ظهر شريك أو مستحق في القسمة لم يكن في الحسبان عند اقتسام المال المشاع.
11- يبقى المتقاسمون في قسمة المهايأة شركاء في المال المشاع وغير متقاسمين نهائيا للمال المشاع، نظرا لكون المهايأة قسمة مؤِقتة تهدف للانتفاع بالمال المشاع قبل إجراء القسمة النهائية، على خلاف القسمة النهائية التي تنهي الشيوع.
12- المهايأة في المال المشاع صنفان، مهايأة مكانية بتوزيع المال مؤقتا على الشركاء لأجزاء معينة حسب حصصهم للانتفاع بها، ومهايأة زمانية باختصاص كل شريك بكل المال المشاع لمدة معينة على سبيل الانتفاع.
13- المهايأة الزمانية مهايأة تقتضي أن يتداول الشركاء على الانتفاع بالمال المشاع بين الشركاء كل حسب حصته، وهذا النوع يخلق العديد من المشاكل في احتساب الوقت بالنظر لحصة كل شريك من جهة، ومن جهة أخرى من له الحق في الأولوية في المهايأة، مما دفع

المشرع الفرنسي بتقرير تصفية حق الانتفاع بالمال المشاع بمعزل عن ملكية الرقبة، وبيع حق الانتفاع بالمزاد العلني، وبقاء ملكية الرقبة للشركاء.

14- تطبق أحكام عقد الايجار على قسمة المهايأة ما لم تتعارض أحكام عقد الايجار مع قسمة المهايأة، وذلك من حيث الحقوق والالتزامات والمدة وشكل قسمة المنافع.

15- أجازت كل التشريعات قسمة المهايأة كحل مؤقت للانتفاع بالمال المشاع إلى حين إجراء القسمة النهائية، وفي مقدمة التشريعات الشريعة الاسلامية التي كانت السباقة في تنظيم قسمة المهايأة.

16- قسمة المال المشاع في التشريع الجزائري والتشريعات العربية تتخذ صورتان، فتكون عينية باقتسام المال المشاع عينا أو بتصفيته قضائيا ببيعه بالمزاد العلني.

17- للقسمة العينية عدة صور، منها قسمة المال بتكوين الحصص ويتم الاعتماد على أصغر سهم لتقسيم المال ومن تم إجراء القرعة على هذه الحصص كل شريك حسب سهمه في الشيوع، كما قد تتخذ القسمة صورة التجنيب والتي صنفها الفقه الاسلامي بقسمة الجمع أين تجمع في عين معينة حصة الشرك في كل المال المشاع مقابل تنازله على حقه في سائر الأعيان.

18- قسمة المعدل مبلغ مالي يعطى للشريك الذي لم يستوف حقه كاملا عينا، ويجب أن يكون المعدل يغطي ما نقص عن نصيبه في المال المشاع.

19- قرر المشرع الفرنسي أحكاما خاصة للقسمة تحت عنوان التخصيصات التفضيلية، وذلك في القسمة العينية، وذلك لأشخاص حددهم على سبيل الحصر وضمن حالات حددها، يكون لهم حق الأولوية في تخصيص مال معين لهم بالذات لارتباطهم به لمصلحة مقررة وفقا لشروط معينة، فيحق لزوج المتوفى أو الورثة المتقاسمين طلب تخصيص مال معين بالأولوية أو التفضيل على ان يقع في نصيبه ولو كانت القسمة بمعدل إذا اقتضت الضرورة، على أن تتوافر في طالب هذا الامتياز شروط معينة، إذا تعلق الأمر بمؤسسة فلاحية تجارية صناعية أو حرفية أو أعمال حرة، إذا توفرت الشروط.

20- ساير التشريع اللبناني المشرع الفرنسي بتقرير بعض الأموال لفئة معينة من الشركاء المتقاسمين في العقارات المملوكة على الشيوع إذا كانت مجاورة لعقاراتهم الخاصة.

21- قسمة التصفية وفقا للتشريعات المعاصرة قسمة قضائية، يتم بموجبها بيع المال المشاع بالمزاد العني واقتسام الثمن بين الشركاء، وتستعين في قرارها بتصفية المال المشاع بدل اقتسامه عينا بالخبرة الفنية التي تقوم وتحدد انصبة الشركاء، وتقرر ما إذا كان المال المشاع يقبل القسمة عينا أو يستوجب تصفيته.

22- قسمة التصفية قسمة إجرائية لتمامها لابد من المرور بعدة إجراءات رسمها المشرع، وتخلف إجراء واحد منها يترتب عليه بطلان إجراءات البيع بالمزاد العلني الذي يؤدي إلى بطلان القسمة.

23- قيد المشرع الجزائري قسمة المال المشاع بقيود مؤقتة تنقضي بزوال المدة المحددة، وقيود نهائية لا تزول بمور الزمن ولا تتم القسمة إلا باتباع إجراءاتها، وذلك لضبط أحكام قسمة المال المشاع من التجاوزات التي تتخلل القسمة في الحياة العملية.

24- ملكية الأسرة صورة خاصة للبقاء في الشيوع، وهي قيد مؤقت لإجراء قسمة المال المشاع، تنعقد هذه الملكية متى استوفى الشركاء شروط حددها المشرع في القرابة والمصلحة والشكلية وعدم تجاوز مدة الخمس سنوات.

25- يجوز لغير أعضاء الأسرة من الشركاء في المال المشاع الاتفاق على البقاء في الشيوع برضى أعضاء الأسرة و في حدود مدة خمس سنوات.

26- يختلف القيد المؤقت المتعلق بملكية الأسرة عن قيد اتفاق الشركاء الأجانب في البقاء في الشيوع في كون الأول لا يجيز للغير للدخول في الشيوع ولو أصبح هذا الغير مالكا لحصة شائعة بمقتضى عقد بيع صادر من طرف الشركاء، لان تصرف الشريك في ملكية السرة موقوف على إجازة الشركاء، في حين يجوز للغير في القيد الثاني أن يدخل في الشيوع إذا اشترى حصة من المال المشاع.

27- الشيوع الإجباري صنف من الشيوع وهو من القيود النهائية الموضوعية لقسمة المال المشاع من صوره الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية وأراضي العرش.

28- رخصة التجزئة للعقارات وشهادة التقسيم للعقارات المبنية، ورخصة تقسم الأراضي الفلاحية من القيود الإجرائية النهائية نضمها المشرع الجزائري في نصوص خاصة لضبط صور خاصة من قسمة المال المشاع.

29- يترتب على قسمة المال المشاع آثار مهمة تتمثل في الإفراز والضمان، فبموجب الإفراز تتحول الملكية من ملكية شائعة إلى ملكية خاصة، أما الضمان فهو حماية لحقوق المتقاسمين من كل تعرض أو استحقاق على الحصص المفرزة التي آلت إليهم.

30- اختلف الفقه في تكييف الإفراز فمنهم من يقول بالأثر الكاشف للقسمة، فتحدد الحصة عينا بعدما كانت سهما في مجموع الأموال الشائعة، غير أن التطبيق الحقيقي لهذا المبدأ يجعل المتقاسم يتحمل الحقوق المرتبة على الحصة المفرزة التي وقعت في نصيبه وإن كانت لا تمت له بصلة، ما جعل البعض من الفقه يتحفظ على هذا التكييف للإفراز في القسمة، أما الرأي الثاني من الفقه فيقول بالأثر الناقل للقسمة فملكية المتقاسم انتقلت بمقتضى القسمة من كل الأموال الشائعة إلى عين معينة بالذات، ويترتب على هذا المبدأ تجاهل كل التصرفات التي أبرمت خلال الشيوع، ولخطورة هذا التكييف من حيث الأثر على الغير المتصرف له أُثناء الشيوع استبعده جانب من الفقه في إفراز الحصص.

31- تبنى المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية والتشريع الفرنسي مبدأ الأثر الكاشف والرجعي للقسمة، وأخذ بالمبدأ المجازي للأُثر الكاشف فتنكشف الحصص المجردة وتتحول إلى أجزاء مفرزة، وفي مقابل ذلك يعترف المشرع بصحة التصرفات التي صدرت من الشركاء أثناء حالة الشيوع، ويعتبر المتقاسم بموجب الأُثر الرجعي مالكا للحصة المفرزة مند بدأ الشيوع.

32- حسن ما فعله المشرع الأردني بأخذه بالأثر الكاشف للقسمة دون الأثر الرجعي في قسمة المال المشاع، وذلك حماية منه للحقوق المرتبة على المال محل القسمة أثناء حالة الشيوع، وهذا ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية، كون معظم أحكام التشريع الأردني مستمدة من الشريعة الإسلامية.

33- ألزم المشرع الجزائري المتقاسمين بالضمان في القسمة لما قد يترتب عنها من تعرض أو استحقاق، أو عيوب بالحصة المفرزة، ويكونون ضامنين كل حسب حصته لما قد يتعرض له أحد المتقاسمين من استحقاق في حصته.

34- يسقط حق المتقاسم في الضمان إذا كان حق الغير ثبت على حصته المفرزة نتيجة خطئه، أو لتنازله على حق الضمان في عقد القسمة أو بعقد لاحق وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

35- يجوز للمتقاسم الذي وقع له استحقاق أن يدفع بالضمان، إذا أثبت أنه أخطر المتقاسمين ولم يتدخلوا في الدعوى أو لم يدفعوا التعرض على المتقاسم.

36- لا تنقض القسمة إذا تحقق الضمان وثبت للمتقاسم، بل يعوض عن ما لحقه من خسارة في حصته المفرزة، وتقدر الخسارة بقيمة العين المفرزة وقت نزع اليد وليس بوقت القسمة.

استنادا لما سبق من نتائج في هذا البحث نقول أن المشرع الجزائري وفق في تنظيم أحكام قسمة المال المشاع، وتطرق لصور القسمة وحدد شروطها وإجراءاتها وآثارها على المتقاسمين وعلى الغير، غير أن هذا التنظيم تعتريه نقائص دفعتنا لاقتراح توصيات نأمل أن يأخذها المشرع بعين الاعتبار من خلال التعديلات اللاحقة ونوجزها في ما يلي:

- ضرورة تعديل النصوص القانونية المتعلقة بأحكام المال المشاع عامة وقسمته خاصة لسد كل الثغرات وتوفير حماية للمتقاسمين في المال المشاع، خاصة في القسمة الاتفاقية والتي تشهد العديد من التجاوزات أثبت وجودها الواقع العملي.

- تصحيح الأخطاء في صياغة نصوص القانون المدني وتحقيق التناغم بين النص باللغة العربية والنص باللغة الفرنسية.

- حماية الفئات الضعيفة في قسمة المال المشاع والتي تستوجب تدخل المشرع بنصوص صريحة، وضرورة التدخل لمعالجة التناقص الموجود بين نصوص القانون المدني و نصوص قانون الأسرة المتعلقة بقسمة المال المشاع.

- حصر صور الشيوع الإجباري والتقليل من حالاته للتخلص من حالة الشيوع المعقدة وغير المرغوب فيها.

- تنظيم أحكام خاصة ببيع المنقول المملوك على الشيوع بالمزاد العلني، فالمشرع الجزائري ركز في قسمة التصفية على العقار نظرا لقيمته المادية، غير أن هذا لا يمنع من تنظيم أحكام تصفية المنقول المملوك على الشيوع، خاصة في زمن أصبحت فيه بعض المنقولات تنافس العقارات من حيث القيمة المادية.

نخلص إلى القول إلى أن أحكام قسمة المال المشاع رغم التعديلات المتلاحقة تعتريها ثغرات من حيث الصياغة القانونية، وكذلك من حيث الضمانات المقررة للشركاء المتقاسمين في المال المشاع، خاصة ما تعلق منها بالعقار وبالنظر إلى المبادئ التي أنشأها القضاء منذ استحداث القسم العقاري وكذا الغرفة العقارية في الجهات القضائية، لذا نناشد المشرع من خلال التعديلات اللاحقة أن يستند إلى المقررات القضائية لتعديل مختلف الأحكام المتعلقة بقسمة المال المشاع وذلك باستحداث قواعد أخرى توفر الحماية القانونية لحقوق الشركاء من التجاوزات التي قد تعتري القسمة والتي أثبت وجودها الواقع العملي، باعتبار أن حق الفرد حق مكرس دستوريا من جهة، ومن جهة أخرى تكبح من جماح حريات الأفراد بما يحقق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وهو هدف المشرع لاسيما في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة.

قائمة المصادر

أولا: قائمة المصادر باللغة العربية

- القرآن الكريم، برواية ورش ، دار الفجر الاسلامي للنشر، الطبعة الرابعة، 2013.

1- النصوص التشريعية وفقا للتسلسل التاريخي:

- الأمر رقم 66 -154 مؤرخ في 08 جويلية 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد 47 مؤرخة في 09 جويلية1966.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 جريدة رسمية مؤرخة في 30ديسمبر 1975، عدد78.
- الأمر رقم 74/75 مؤرخ في 1975/11/12 المتضمن اعداد المسح العام و تأسيس السجل العقاري جريدة رسمية عدد 92 مؤرخة في 18 نوفمبر 1975.
- الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976، المتضمن قانون التسجيل المعدل.
- القانون 90-29 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير، جريدة رسمية عدد 52 صادرة بتاريخ 12/02/ 1990، المعدل والمتمم بموجب القانون رق04-05 المؤرخ في 14 اوت2004 ، المتعلق بالتهيئة والتعمير، جريدة رسمية عدد 51، صارة في 2004/08/15.
- المرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 28 ماي 1991 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليمها. جريدة رسمية عدد 26، صادرة في 31 ماي 1991 معدل

ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03/06 مؤرخ في 2006/01/07 جريدة رسمية عدد01 صادرو بتاريخ 2006/01/08 والمعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 307/09 مؤرخ في 2009/09/22 جريدة رسمية عدد 55 الصادرة في 2009/09/27.

- المرسوم التنفيذي 95-310 المؤرخ في 10 أكتوبر 1995، الذي يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته، كما يحدد حقوقهم وواجباتهم، جريدة رسمية رقم 60 صادرة بتاريخ 15 أكتوبر 1995.
- القانون رقم 06-03 المؤرخ في 02/20/ 2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 2006/03/08.
- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 2006/03/08.
- قانون 08-09 المؤرخ في 28 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، جريدة رسمية مؤرخة في 23 أفريل 2008، عدد رقم 21.
- القانون 15/08 المؤرخ في 2008/07/20 المحدد لقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها جريدة رسمية عدد44، صادرة بتاريخ 2008/08/03.

2- المراجع حسب التسلسل الأبجدي

أ- المراجع العامة:

- ابراهيم أبو النجا، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي، الطبعة الأولى دار الجامعة الجديدة للنشر لسنة 1997.
- إبراهيم محمد خيثر، حقوق الورثة في ميزان الشرع والعقل، دار هومة للنشر، الطبعة الثانية لسنة 2014
- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة للنشر، طبعة 2008.
- أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الاسلامي، دار الأنصار للنشر سنة 1982
- أحمد بن أحمد بونبات، نظام التحفيظ العقاري في المغرب تونس والجزائر، المطبعة والوراقة الوطنية للنشر مراكش، الطبعة الثالثة لسنة 2009
- أحمد زايد رجب البشبيشي، احكام القسمة القضائية وآثارها في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2015
- أحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الاسلامي، دار الجامعة الجديدية للنشر، طبعة 2003
- أحمد قبيعة راتب ، المعجم العربي المتقن، دار الراتب الجامعية طبعة 2006.
- أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر طبعة2011.
- أعمر يحياوي، الإجراءات القانونية ما بعد تصفية التركات، التصريح بالتركات واستصدار الشهادة التوثيقية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع طبعة 2015

- أمير خالد عدلي ، أحكام وإجراءات شهر الملكية العقارية، دار الفكر الجامعي للنشر، طبعة 2013.
- الطاهر بريك ، المركز القانوني للمحافظ العقاري، دار الهدى للنشر، طبعة 2013.
- أولد رابح صافية إقلولي ، قانون العمران الجزائري، دار هومة للنشر طبعة 2014.
- بسام مجيد سليمان العباجي، ملكية الأسرة دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع طبعة 2009
- بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الديوان الوطني للأشغال التربوية للطبع، طبعة 2001
- – توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للنشر لسنة 1999
- تيسير عبد الله المكيد العشاف، السجل العقاري، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى لسنة 2009
- جلول محمد عدة ، تاريخ الإسلام العام، منشورات الألفية الثالثة، طبعة 2010.
- جمال الدين محمد أبى الفضل بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، دار صادر للنشر، دون تاريخ نشر
- جمال الدين محمد أبى الفضل بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد االسابع، دار صادر للنشر، دون تاريخ نشر
- جمال الدين محمد أبى الفضل بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، دار صادر للنشر، دون تاريخ نشر
- جمال كامل رمضان ، الحقوق والالتزامات في عقد البيع، المشكلات العملية في نقل الملكية، درا الكتاب الحديث للنشر، طبعة 2012
- جمال سايس الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، منشورات كليك، الجزء الأول، الطبعة الثانية لسنة 2013

- حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الاسلامية، دار الحداثة للنشر، الطبعة الأولى، لسنة 1986
- حسين فريحة ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، طبعة 2013
- حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف للنشر، الطبعة الأولى لسنة 1958
- حسين محمد ، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة 1988.
- خالد رمول ، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب للنشر، طبعة 2001
- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية للنشر طبعة 2003
- – زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، دون مكان وتاريخ نشر الطبعة الثالثة، الجزء الأول
- سعد عبد العزيز، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، دار هومة للنشر، طبعة 2008
- سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة للنشر، طبعة 2004
- عادل حسن علي السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، مكتبة زهراء الشرق للنشر، دون تاريخ نشر.
- عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر، طبعة 2009.

- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة، في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف للنشر دون تاريخ نشر
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة لسنة 2000.
- عبد الرزاق السنهوري، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لسنة 2000.
- عبد الناصر محمد شنيور، الإثبات بالخيرة، بين القضاء الاسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر، طبعة.
- عبد المجيد بكر عصمت ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتاب العلمية للنشر، طبعة 2009.
- عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية للنشر، طبعة 1982.
- عبد الوهاب عرفة، الشامل في القسمة، المكتب الفني للموسوعات الفنية للنشر، طبعة 2012
- علي ابن حزم الأندلسي، المحلى، الجزء الثامن مكتبة الجمهورية العربية ، طبعة 1969.
- على خفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، الجزء الثاني، محاضرات ألقيت على طلبة قسم البحوث والدراسات القانونية، دون مكان النشر، طبعة 1968.
- على هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،2000.

- عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للنشر طبعة 2003
- عمر حمدي باشا ، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للنشر، الطبعة الثامنة لسنة 2009
- عمر حمدي باشا ، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للنشر طبعة 2010.
- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة للنشر طبعة 2015
- عمار عمورة ، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر، دون تاريخ النشر.
- عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 1999.
- فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث، في ضوء الفقه والقضاء. منشأة المعارف للنشرأطبعة لسنة 1991، ص174
- ليل كريمة بغاشي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، للنشر لسنة 2009
- ى زروقي، عمر حمدي باشى، المنازعات العقارية، دار هومة للنشر، الطبعة الثالثة لسنة 2007
- مجيد خلوفي، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومة للنشر، الطبعة الثانية لسنة 2011
- محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للنشر، طبعة 1986.
- محمد المنجى، دعوى بطلان العقود بسبب الإخلال بركن من أركان العقد، مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض، طبعة 1998

- محمد حسين، نظرية بطلان العقد في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة 1988
- – محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الول، حق الملكية، كنشورات الحلبي الحقوقية للنشر لسنة 2005
- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها– أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2003.
- محمد سعيد جعفور، عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دار هومة للنشر، طبعة 2002.
- محمد صبري السعدي، الواضع في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى للنشر والتوزيع طبعة 2012
- محمد واصل، حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء، المكتب الفني للنشر، طبعة 2004.
- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2010.
- محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة للنشر، طبعة 2007 .
- محمود على الرشدان، الغبن في القانون المدني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، طبعة 2010.
- مراد محمود الشتيكات، الاثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، طبعة 2011
- تومي مريم، النظام القانوني للملكية المشتركة في الجزائر، دار الكتاب الحديث للنشر، طبعة 2014
- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي للنشر، طبعة 2013

- نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة2003.
- نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2006.
- هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر للتوزيع، الطبعة الأولى2010.
- همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2010
- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السادس، بقية العقود وما يتعلق بها، الملكية وتوابعها، دار الفكر المعاصر للنشر، طبعة1997 .

أ- المراجع الخاصة:

- أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة للنشر طبعة 2008.
- أحمد فراج حسين، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للنشر طبعة 1989
- أحمد فلاح عبد البخيت، الملكية الشائعة في الفقه الاسلامي والقانون دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2012.
- أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الرابع، المجلد الأول في حق الملكية والشيوع والقسمة، دون مكان النشر الطبعة الأولى لسنة 1993.
- أنور طلبة، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث للنشر، طبعة 2004

- بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والادارية والقوانين ذات الصلة، دار هومة للنشر، طبعة 2015.
- جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2000.
- حمدي محمد اسماعيل سلطح، أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2009
- عبد الوهاب عرفة، الشامل في القسمة، المكتب الفني للموسوعات الفنية للنشر، طبعة 2012.
- محمد عبد الرحمان الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي للنشر، طبعة2013.
- زايد أحمد رجب البشبيشي، أحكام القسمة القضائية وآثارها في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة2015.
- . علي داود أحمد محمد ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، التجهيز والديون والوصايا والمواريث وتقسيماتها، دار الثقافة للنشر، طبعة 2008
- على محمد علي قاسم، بيع المزايدة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2014
- وليد نجيب القسوس، إدارة وإزالة المال الشائع، دراسة مقارنة، المكتبة الوطنية للنشر، طبعة 1993

- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة اكتسابها- إثباتها- حمايتها- إدارتها- قسمتها على ضوء القانون الجزائري وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة للنشر، طبعة 2015

ب- المقالات الفقهية:

- أيمن أبو العيال، مقال لمجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والاجتماعية بعنوان الصورية ودعوى الطعن بها، العدد الأول 2004.
- علي لخطار شطناوي مقال بمجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن عشر لسنة 2003،بعنوان القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه.
- محمد عقوني ، رهن الشريك لحصته الشائعة في عقار رهنا رسميا، مجلة الفكر العدد العاشر.
- محمود فوزي تيماء ، إثبات عقد الإيجار، مقال بمجلة الرافدين للحقوق، العدد 43 لسنة 2010

ت- المذكرات والأطروحات:

- بروك لياس ، نظام الشهر العيني في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، لسنة 2006.
- بعبع إلهام، حماية الملكية العقارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، سنة 2007،

- بشير سرحان القروي، إجراءات الحجز في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، لسنة 2006.
- حسينة حمو ، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، لسنة 2011.
- حسينة غواس ، الآليات القانونية لتسيير العمران، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع الادارة العامة القانون وتسيير الاقليم، جامعة منتوري قسنطينة، لسنة 2012
- حياة أومحمد ، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائري على ضوء قانون 04/11، جامعة مولود معمري تيزي وزو، لسنة 2015
- رشيد بومعزة، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال ، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2005
- رضا بوعافية ، أنظمة استغلال العقار الفلاحي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، فرع القانون العقاري، جامعة الحاج لخضر باتنة، لسنة 2009
- زهوين ميسوم ، اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيازة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، سنة 2007

- سامية براهمي ، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، سنة 2008
- سميحة حنان خوادجية ، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون عقاري، جامعة الاخوة منتوري، لسنة 2008
- صابرينة حساني ، الخبير القضائي في المواد المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع المسؤولية المدنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، لسنة 2013.
- عبد الغني بوزيتون ، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير قسم القانون الخاص ، فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، لسنة 2010
- عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون عقاري جامعة الحاج لخضر باتنة، لسنة 2009.
- عياد وهاب ، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستسر، فرع القانون العقاري، جامعة منتوري قسنطينة، لسنة 2008

- كريمة فردي، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العقاري، جامعة منتوري قسنطينة، لسنة 2008
- مسعود رويصات، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العقاري، جامعة الحاج لحضر باتنة، لسنة 2009
- لخضر حليس ، الإرادة بين الحرية والتقييد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، سنة
- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص شريعة وقانون، لسنة 2012، جامعة الحاج لخضر باتنة2011
- محمد تواتي، سلطة القاضي الذي يتضمن حالة الاستغلال، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2013
- محمد زعموش، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه دولة ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، سنة 2005

- نورة أرحمون، إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، لسنة 2012

ث- المجلات القضائية:

- المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثاني
- المجلة القضائية للمحكمة العليا سنة 1992، العدد الثالث
- المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثالث
- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم الوثائق لسنة 2004
- مجلة قضائية للمحكمة العليا عدد خاص – الغرفة العقارية، الجزء الثالث لسنة 2008 .
- مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2010

ج- المواقع الالكترونية:

- **http// : www.feqhweb.com**
- **http// : www ligifrance.gov.fr**
- **http// :**

www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf

- **https://www.qanoon-online.com/tag**
- **https://www.scribd.com/com/doc/20915366**

- www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/…/ObligationsAndContractsLawAr.pdf
- www.feqhweb.com

ثانيا: قائمة المصادر باللغة الفرنسية.

1-Textes législatifs par ordre chronologique

- Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires
- Code civil français version consolidée au 17 février 2013et 09 aout 2016 (http// : www ligifrance.gov.fr)
- code de procédure civile français dernière version01/01/2018 édition 07/07/2018(http// : www ligifrance.gov.fr)

2-Ouvrage par ordre alphabétique

- Ali Bencheneb, le droit algérien des contras, Données fondamentales, Editions AJED 2011
- Alex Weill, droit civil, (les biens), deuxième édition, DALLOZ, imprimerie reliure maison mame, Paris, 1974
- Corinne Reunault Brahinsky, Doit des Successions, 6eme édition lextenso édition

- Francis DELHAY, La Nature Juridique De L'indivision, édition Libraire Général de droit et de Jurisprudence 1968
- Frank Eliard Robert Brochard? Dḿemrement de propriété: usufruit et quasi-usufruit, edition ellipses 2008
- François Terré, Philippe Simler ? Doit Civil , Les biens, 7eme édition 2006 Dalloz
- François Xavier Testu, l'indivision, édition Dalloz
- GERARD Cornu, droit civil, les biensb 13eme édition, édition alpha 2009.
- Henri Léon, Henri Mazeaud, leçon de droit civil, France, éditions Montchrestien, tome quatrième, deuxième volume, 1966
- Jean Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie cimamonti, traité de droit civil, (les biens), liban, DELTA, 2000
- LOUIS BACH, droit civil, 13 édition DALLOZ 1999
- Marc Bruschi, droit des biens,ellipses edition2004
- Nadége Reboul-Maupin, Droit des bien, édition Dalloz 2006 .

- Philippe Malaurie, Les successions les libéralités, déferions de la publication 2eme édition, 2006
- PHILIPPE Malaurie, LAURENT Ayes, PIERRE-YVES Gauthier, les contras spésciaux,2eme édition, édition juridiques associés 2005
- Pierre voirin, Gilles Goubeaux, Droit civil, droit privé notarial régimes matrimoniaux, successions- libéralités, Edition libraire générale de droit et de jurisprudence, 24eme Edition 2006.
- Saïd Belkebir, Succession partage, vente sur licitation, Alger, Edition Zakaria, 1er édition, 1992.
- Yvaine Buffelan-Lanore , Doit Civil 11eme édition Dlloz

الفهرس

مقدمة ص1

الباب الأول: الأحكام العامة لقسمة المال المشاع ص08

الفصل الأول: صور القسمة التي تقضي على المال المشاع ص11

المبحث الأول: اتفاق الشركاء في قسمة المال المشاع......................................ص12

المطلب الأول: شروط القسمة الاتفاقية المتعلقة بالشركاء ص12

الفرع الأول: إجماع الشركاء ورضاهم على اقتسام المال المشاع..........................ص13

الفرع الثاني: حضور الشركاء القسمة وتمتعهم بالأهلية القانونية.........................ص22

المطلب الثاني: شروط القسمة الاتفاقية المتعلقة بالمال وشكلها...........................ص36

الفرع الأول: شروط القسمة الاتفاقية المتعلقة بالمال المشاع..............................ص36

الفرع الثاني: شكل القسمة الاتفاقية في المال المشاع......................................ص45

المبحث الثاني: اختلاف الشركاء في قسمة المال المشاع..................................ص52

المطلب الأول اللجوء للقضاء لقسمة المال المشاع...ص52

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لرفع دعوى القسمة.....................................ص55

الفرع الثاني: الشروط الشكلية والإجرائية لدعوى القسمة.................................ص68

المطلب الثاني: الاستعانة بالخبرة الفنية لقسمة المال المشاع ص87

الفرع الأول: تعيين الخبير لقسمة المال المشاع...ص89

الفرع الثاني: إعداد محضر التقويم والقسمة...ص95

الفصل الثاني: أوجه الطعن في القسمة التي تقضي على المال المشاع..............ص102

المبحث الأول: أوجه الطعن في القسمة المقررة للشركاء في الشيوع...............ص103

المطلب الأول: الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن.......................................ص104

الفرع الأول: شروط الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن...................................ص105

الفرع الثاني: كيفية الطعن في القسمة الاتفاقية للغبن والآثار المترتبة عنه.........ص113

المطلب الثاني: الطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال....................................ص127

الفرع الأول: الطعن في القسمة للغلط والإكراه والتدليس..............................ص128

الفرع الثاني: الطعن في القسمة الاتفاقية للاستغلال ونقص أهلية الشريك المتقاسم..ص149

المبحث الثاني: أوجه الطعن في القسمة المقررة لكل من له مصلحة................ص161

المطلب الأول: الطعن في القسمة بالبطلان...ص161

الفرع الأول: خصائص عقد القسمة الباطل...ص162

الفرع الثاني: صور بطلان القسمة...ص164

المطلب الثاني: الاعتراض على قسمة المال المشاع ونقضها.........................ص177

الفرع الأول: الاعتراض على قسمة المال المشاع.......................................ص177

الفرع الثاني: نقض القسمة لظهور مستحق طارئ في القسمة........................ص192

الباب الثاني: كيفية إجراء القسمة النهائية والآثار المترتبة عنها....................ص200

الفصل الأول: كيفية إجراء قسمة المال المشاع...ص201

المبحث الأول: الانتفاع بالمال المشاع السابق لإجراء القسمة النهائية.............ص202

المطلب الأول: قسمة المهايأة كحل احتياطي ومؤقت لقسمة المال المشاع......... ص205

الفرع الأول: مشروعية قسمة المهايأة...ص205

الفرع الثاني: صور القسمة التي ينتفع فيها بالمال المشاع...........................ص223

المطلب الثاني: تطبيق أحكام عقد الإيجار على القسمة التي ينتفع فيها بالمال المشاع..ص238

الفرع الأول: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة.............................ص238

الفرع الثاني: انقضاء قسمة المهايأة..ص251

المبحث الثاني: طرق إجراء القسمة النهائية للمال المشاع............................ص259

المطلب الأول: القسمة العينية للمال المشاع..ص259

الفرع الأول: صور القسمة العينية للمال المشاع......................................ص260

الفرع الثاني: دور القضاء في القسمة العينية ص272

المطلب الثاني: قسمة المال المشاع بطريق التصفية ص282

الفرع الأول: أسس قسمة المال المشاع بطريق التصفية...............................ص283

الفرع الثاني: إجراءات قسمة المال المشاع بطريق التصفية..........................ص289

الفصل الثاني: القيود والآثار المترتبة على القسمة النهائية للمال المشاع........ص300

المبحث الأول: القيود الواردة على قسمة المال المشاع................................ص301

المطلب الأول: القيود المؤقتة لقسمة المال المشاع....................................ص302

الفرع الأول: شروط انعقاد ملكية الأسرة..ص305

الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بملكية الأسرة..ص311

المطلب الثاني: القيود النهائية لقسمة المال المشاع...................................ص315

الفرع الأول: القيود الموضوعية لطلب إجراء قسمة المال المشاع..................ص315

الفرع الثاني: القيود الإجرائية لطلب إجراء قسمة المال المشاع.....................ص323

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على قسمة المال المشاع................................ص340

المطلب الأول: الإفراز كأثر لقسمة المال المشاع..ص341

الفرع الأول: تكييف الإفراز في قسمة المال المشاع....................................ص343

الفرع الثاني: تبني الأُثر الرجعي والكاشف في قسمة المال المشاع.................ص348

المطلب الثاني: الضمان في قسمة المال المشاع..ص356

الفرع الأول: شروط الضمان في القسمة..ص359

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على تحقق الضمان في القسمة.........................ص364

الخاتمة...ص370

قائمة المصادر.. ص737

الفهرس.. ص395

قسمة المال المشاع - دراسة مقارنة-

الملخص :
الشيوع حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، ولعل أهم أسبابها في الجزائر هو الميراث، وقد تناولها المشرع الجزائري بالتفصيل في المواد 714 وما يليها من القانون المدني الجزائري، و خصها بأحكام أخرى في نصوص قانونية متفرقة. والمال المملوك على الشيوع تثور بشأنه عدة إشكالات تتعلق بحق كل مالك في الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف في الملكية، وإنما الذي يعنينا في هذا المقام هو قسمة المال كحل نهائي لمشاكل الشيوع والمنازعات بين الشركاء سيما ما تعلق منها بتكوين الحصص، ذلك مقصدنا الرئيس والدافع الأساس من الكتابة في هذا الموضوع دون غيره. وقد خلصنا في خاتمة هذه الرسالة إلى نتائج نوجزها فيما يلي:

1- بإمكان كل شريك في الشيوع طلب القسمة النهائية بالتراضي أو بالتقاضي، ليأخذ كامل نصيبه عينا، واذا تعذر ذلك أخذه بطريق التصفية.
2- تستمر حالة الشيوع إذا وجد نص أو اتفاق يقضي بالبقاء في الشيوع للانتفاع به، أو بتأجيل قسمته.
3- تتم القسمة بالاستعانة بالخبرة الفنية، ويترتب على إجرائها كشف الأجزاء مفرزة بعدما كانت حصص معنوية.
4- يضمن المتقاسمون لبعضهم البعض ما قد يترتب على القسمة من تعرض او استحقاق لسبب سابق على القسمة.

الكلمات المفتاحية: شيوع، حصة، قسمة، رضائية، قضائية، تصفية، خبرة، الإفراز، الأثر الكاشف، الضمان.

Le partage de bien indivis – étude comparative-

Résumé :
L'indivision est un état juridique dû à_la pluralité des copropriétaires de droit réel , et parmi ses principales causes en Algérie l'héritage, dont le législateur algérien l'a régit sous forme des disposition stipulées dans les articles 713 au 742 du code civil algérien, et par d'autres textes juridiques variés, les bien indivis provoquent de multiples problématiques concernant l'exercice de chaque copropriétaire du pouvoir d'usage, de jouissance des produit ainsi que la libre disposition de la chose, et ce qui nous intéresse dans cette situation c'est le partage des biens indivis comme une solution définitive pour les problèmes de l'indivision et contestation entre les Co-indivisaires notamment celles relatives à la formation des lots, Cet état de fait est la raison principale qui nous a encouragé d'aborder ce thème et pas d'autres, A la fin, nous avons achevé notre travail par une conclusion de laquelle nous avons abouti à des résultats qui se synthétisent comme suit :

1. Le copropriétaire à l'indivis peut demander le partage final par consentement mutuel ou litige, pour avoir son lot total en nature, à défaut, y prenant par voie de liquidation.
2. L'état de l'indivision demeure s'il y a un texte ou un accord statuant à rester à l'indivis y jouissant, ou à reporter son partage.
3. Le partage s'effectue à l'aide de l'expertise technique, résultant de son processus la révélation des parts divisées après étaient des apports morales.
4. Les co-partagents sont garants uns envers les autres du trouble ou de l'éviction dus à une cause antérieure au partage.

Mots clés : indivision, quote-part, partage, amiable, judiciaire, licitation, expertise, Lotissement, l'effet déclaratif, garantie,

Division of property in common - comparative study -

Summary :
Joint ownership is a legal status resulted, in multiplicity of right holders in rem, one of the most likely explanation in Algeria can be inheritance, treated in detail by Algerian legislator in articles 714, and the following Algerian civil code, singled out for other provisions in separate legal texts, joint ownership in which many matters arising, with respect to practicing each owner of use authority, exploitation and disposition regarded as property pillars, what interest us in this context is the property division as a definitive solution of joint ownership troubles and dispute between partners, ones related particularly to the constitution of shares, that's the main goal impelling us to bring up only this topic, we had concluded at the end of this letter with results epitomizing the following :

1. A partner in common can request the final division by common consent or litigation, so as to take his full share in rem, if that's not possible then taking by liquidation.
2. Joint ownership state carries on if existing a text, or an agreement adjudicating remaining in joint ownership to benefit from it, or deferring division.
3. Division is carried out with the help of technical expertise, resulting from performing, and detection of divided parts, after being immaterial shares.
4. Part-owners ensure for each other what may resulting from division, like exposure or entitlement because of a prior division.

Keywords : Joint ownership, property, share, division, consensual, judicial, liquidation, expertise, division of real estate, declarative effect, security.